

TESIS PARA DOCTORADO EN DERECHO PRIVADO

**EL HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA DE EXONERACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL.**

**Análisis a partir de la teoría de los actos propios, el deber de mitigar el daño
y la mora del acreedor.**

ALEJANDRO GAVIRIA CARDONA

DIRECTOR:

DR. EUGENIO LLAMAS POMBO

DOCTORADO EN DERECHO PRIVADO

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

CONTENIDO

CONTENIDO	2
1. INTRODUCCIÓN	5
2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL HECHO DE LA VÍCTIMA.	11
2.1. La causa extraña en la responsabilidad civil.	11
2.2. Concepto y requisitos del hecho de la víctima.....	22
2.3. Desarrollo histórico del hecho de la víctima.	29
2.4. ¿Culpa de la víctima o hecho de la víctima?	34
2.4.1. Capacidad de culpa o aquiliana.....	38
2.4.2. Relevancia causal	43
2.4.3. Asunción del riesgo	46
2.4.4. Consentimiento de la víctima.....	52
2.4.5. Recapitulación	55
2.4.6. Colofón (Dolo de los intervinientes y teoría de los actos propios)	62
2.5. Efectos jurídicos del hecho de la víctima.	65
2.5.1. Hecho de la víctima concurrente vs. Hecho de la víctima exclusivo.....	65
2.5.2. Efectos – Consecuencias.	71
3. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS AL HECHO DE LA VÍCTIMA.	87
3.1. Idea general de la teoría de los actos propios.	88
3.1.1. Figuras afines.....	96
3.2. Contenido y requisitos de la teoría de los actos propios.	106
3.2.1. Conducta previa de carácter vinculante.	107
3.2.2. Una declaración de voluntad o una conducta posterior que sea contraria a la anterior, contradicción que debe ser evidente o palmaria.....	112
3.2.3 Que ambos comportamientos se presenten en una relación entre los mismos sujetos.	118
3.3. Excepciones	123
3.4. El encaje de la teoría de los actos propios en los requisitos y contenido de la teoría del hecho de la víctima.	126

4. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO Y EL HECHO DE LA VÍCTIMA.....	132
4.1. Concepto y configuración jurídica del deber de mitigar.	134
4.1.1. Requisitos – Esfera de aplicación.	139
4.1.2. Fundamento	144
4.1.3. Implicaciones y contenido.....	147
4.1.4. Prueba	156
4.2. Los supuestos de infracción del deber de mitigación como hecho de la víctima.	157
5. MORA DEL ACREEDOR.....	167
5.1. Sentido general de la mora	168
5.1.1. Mora.....	168
5.1.2. Mora del deudor	172
5.1.3. Mora del acreedor.....	174
5.1.4. Naturaleza de la mora del acreedor.....	177
5.1.5. Elementos de la mora del acreedor	187
5.1.6. Aplicación en el derecho patrio	202
5.1.7. Extinción de la mora del acreedor	205
5.1.8. Mora del acreedor, extinción de la obligación y remedios del acreedor.	206
5.2. Efectos de la mora del acreedor y su configuración como modalidad del hecho de la víctima	211
6. CONCLUSIONES	223
7. BIBLIOGRAFÍA.....	234
7.1. Textos	234
7.2. Sentencias	249
7.3. Normas	251
7.3.1. Colombianas.....	251
7.3.2. Españolas.....	252
7.3.3. Resto de Europa e internacionales.....	252
7.3.4. Argentinas	253
7.3.5. Chilenas	253

**EL HECHO DE LA VÍCTIMA COMO CAUSA DE EXONERACIÓN DE LA
RESPONSABILIDAD CIVIL.**

**Análisis a partir de la teoría de los actos propios, el deber de mitigar el daño
y la mora del acreedor.**

1. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil es uno de los ejes centrales del Derecho privado, el cual permea todas las demás ramas. Igualmente, debido a que las pocas¹ normas que regulan esta disciplina datan, en su gran mayoría, del siglo XIX, requieren de una constante interpretación por parte de los operadores jurídicos, para de esa forma “vivificar” su contenido.

Y si bien esta función le corresponde a toda la comunidad jurídica y académica, finalmente, la última palabra la tienen los órganos de cierre, bien sea como tribunal de casación o en sede de instancia.

Precisamente a ellos, en su calidad de tales, se les exige mayor coherencia y plenitud en sus argumentos y razonamientos, máxime si se tiene en cuenta que en los sistemas de derecho continental (*civil law*) el precedente judicial, cada vez con más fuerza, viene siendo usado y citado como fuente del derecho.²

En el seno de algunos pronunciamientos judiciales en Colombia en los últimos años, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha exonerado de responsabilidad al demandado o se ha disminuido el *quantum* indemnizatorio de la condena del responsable, con base en el hecho de la víctima, entendida como una

¹ En asuntos de responsabilidad civil extracontractual existen en el Código Civil colombiano 19 artículos. Tratándose responsabilidad contractual, las normas están dispersas a lo largo de todo el estatuto civil, mercantil, y algunas normativas independientes.

² Para un análisis detallado del alcance actual de la jurisprudencia en el sistema de fuentes del Derecho continental, ver GAVIRIA CARDONA, A., *La jurisprudencia como fuente del derecho. Análisis a partir de la responsabilidad civil extracontractual*, Ediciones UNAULA, Medellín, 2018.

modalidad de causa extraña, lo cual se fundamenta en la máxima que reza que “no se considera que sufra un daño quien lo sufre por su propia culpa”,³ configurándose, de esta forma, una excepción del aforismo que establece que una persona causa un daño a otra debe resarcir las consecuencias que de ello se deriva.

El artículo 2341 del Código Civil colombiano prescribe que “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”. Este artículo es la concreción o aplicación del llamado deber objetivo de cuidado o deber genérico de cuidado.

Y es apenas lógico, finalmente, que todo aquel que causa un daño a otro deba indemnizarlo.

Ahora, tal y como se indicó, puede ocurrir que el daño sufrido por la víctima no sea consecuencia de la actuación de aquel que se consideraba como responsable, lo cual nos ubica en los eventos exonerativos de responsabilidad.

Aquí encontramos las causales de justificación penal, que en Colombia se encuentran establecidas en el artículo 32 del Código Penal Colombiano⁴ (Ley 599 de 2000), pero también la causa extraña.

³ REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L., “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ª ed., dirigido por L. F. Reglero Campos, Thomson – Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 878, quienes, además, expusieron que dicho principio fue manifestado por Pomponio en el Derecho romano: “*Quod quis ex causa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*”.

⁴ “ARTICULO 32. AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD. No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: 1. En los eventos de caso fortuito y fuerza mayor. 2. Se actúe con el consentimiento válidamente emitido por parte del titular del bien jurídico, en los casos en que se puede disponer del mismo. 3. Se obre en estricto cumplimiento de un deber legal. 4. Se obre en cumplimiento de orden legítima de autoridad competente emitida con las formalidades legales. No se podrá reconocer la obediencia debida cuando se trate de delitos de genocidio, desaparición forzada y tortura. 5. Se obre en legítimo ejercicio de un derecho, de una actividad lícita o de un cargo público. 6. Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión. Se presume la legítima defensa en quien rechaza al extraño que, indebidamente, intente penetrar o haya penetrado a su

La causa extraña ha sido entendida como aquel evento exterior que es imprevisible y a la vez irresistible y reviste tres modalidades: caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero y hecho de la víctima.

El caso fortuito y la fuerza mayor son aquellos eventos internos y/o externos del agente que, finalmente, configuran la causa del daño, como por ejemplo, los fenómenos de la naturaleza, la guerra y las enfermedades súbitas.⁵

El hecho de un tercero es aquel no fue causado ni por el responsable, ni por la víctima, ni por las personas que estos tienen bajo su cuidado, el cual, para poder configurar causa extraña, exige que sea la única causa del daño; es decir, el hecho de un tercero debe ser exclusivo, toda vez que, de conformidad con el artículo 2344 del Código Civil colombiano,⁶ cuando dos o más personas participan

habitación o dependencias inmediatas. 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar. El que exceda los límites propios de las causales consagradas en los numerales 3, 4, 5, 6 y 7 precedentes, incurrirá en una pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada para la respectiva conducta punible. 8. Se obre bajo insuperable coacción ajena. 9. Se obre impulsado por miedo insuperable. 10. Se obre con error invencible de que no concurre en su conducta un hecho constitutivo de la descripción típica o de que concurren los presupuestos objetivos de una causal que excluya la responsabilidad. Si el error fuere vencible la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa. Cuando el agente obre en un error sobre los elementos que posibilitarían un tipo penal más benigno, responderá por la realización del supuesto de hecho privilegiado. 11. Se obre con error invencible de la licitud de su conducta. Si el error fuere vencible la pena se rebajará en la mitad. Para estimar cumplida la conciencia de la antijuridicidad basta que la persona haya tenido la oportunidad, en términos razonables, de actualizar el conocimiento de lo injusto de su conducta. 12. El error invencible sobre una circunstancia que diere lugar a la atenuación de la punibilidad dará lugar a la aplicación de la diminuyente". Debe aclararse que, de forma anti-técnica, este artículo consagra las causales de atipicidad, antijuridicidad e inculpabilidad.

⁵ LE TOURNEAU, P., *La responsabilidad civil*, trad. J. Tamayo Jaramillo, Legis, Bogotá, 2010, p. 91.

⁶ "ARTICULO 2344. <RESPONSABILIDAD SOLIDARIA>. Si de un delito o culpa ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o culpa, salvo las excepciones de los artículos 2350 y 2355. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso".

en la causación de un daño, frente la víctima, deberán responder de forma solidaria.

Por último, el hecho de la víctima ha sido entendido como todo evento causado por la víctima en sí misma y por las personas por las cuales esta debe de responder, como por ejemplo, los hijos menores de edad y sus trabajadores.

Esta investigación se ha motivado en la volatilidad teórica de la responsabilidad civil en general, pero del hecho de la víctima en particular, y en aras de tratar de garantizar al máximo la seguridad jurídica, se busca realizar un análisis exhaustivo de la figura como institución (requisitos y efectos), pero, además, detenernos en algunas figuras que bien podrían integrarla, tales como la mora del acreedor, la teoría de los actos propios, el deber de mitigar el daño, y esto porque *“la culpa de la víctima constituye una problemática fundamentalmente casuística”*,⁷ la cual, además, es inacabada e inacabable.

Y es que, en palabras de MEDINA ALCOZ

“estos estudios de la Parte General de la Responsabilidad Civil, aunque necesarios, son, al mismo tiempo, imposibles de culminar; y es que, como señala LÓPEZ JACOISTE, la responsabilidad civil se caracteriza por la “inconformidad de estructura”, al estar sus propios fundamentos sujetos a continua revisión, obligando al jurista a atender sus renovados requerimientos y a proporcionar respuestas que lleven a un “razonable equilibrio institucional” mediante la continua remodelación de unos conceptos (culpa; causa y efecto; sujeto; acción y resultado) impregnados de componentes filosóficos (libertad, causalidad, lo justo)”.⁸

Es por todo lo anterior que con la presente investigación se pretende analizar el hecho de la víctima como causa de exoneración de responsabilidad civil, pero,

⁷ REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L., *op. cit.*, p. 880.

⁸ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 29.

más específicamente, reconocer las generalidades (requisitos de configuración y consecuencias) del hecho de la víctima como causa de exoneración de responsabilidad civil y del estado, así como analizar la teoría de los actos propios, la mora del acreedor y el deber de evitar o mitigar el daño como supuestos de hecho de la víctima.

Para desarrollarla hemos usado el método hermenéutico, con instrumentos de medición de datos de tipo cualitativo. Nuestra población de estudio consistió en las principales corrientes doctrinales acerca del hecho de la víctima como modalidad de causa extraña, así como aquellas que desarrollan la mora del acreedor, el deber de mitigar –y evitar- el daño, y la teoría de los actos propios, tanto en Colombia como en España, Argentina, Chile, Italia, Francia, Alemania.

Ahora, se acudió principalmente al desarrollo doctrinal Español y Argentino, en tanto es en estos lugares en donde, precisamente, estas figuras han tenido más desarrollo doctrinal e, incluso, jurisprudencial. Pese a ello, es común en casi todas las latitudes encontrar “ausencia” de desarrollo legislativo frente a estas, al menos en aquellas legislaciones que tienen –o tuvieron- como referente el Código Civil Francés de 1804.

Igualmente, se analizaron algunas providencias de la Corte Constitucional Colombiana, así como de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, referentes a la temática de la presente investigación, aclarando que, de cara al Derecho comparado, fueron los diversos autores que se usaron como base doctrinal, quienes realizaron el análisis jurisprudencial de su respectivo país de origen.

Asimismo, se pone de presente que toda la información se obtuvo a través de fuentes secundarias, esto es, fuentes bibliográficas, tales como libros, artículos de revistas y jurisprudencia. Ello implicó, entonces, que los datos se gestionaron por el presente investigador durante todo el tiempo de duración del proyecto (36 meses), en las bibliotecas de algunas universidades de Medellín (Universidad de Medellín, Universidad Autónoma Latinoamericana –UNAULA-, Universidad EAFIT,

Universidad Pontificia Bolivaria –UPB-), en la Biblioteca Francisco de Vitoria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca –USAL- (España), y en algunas bases de datos y repositorios virtuales, al igual que la página web de la Corte Suprema de Justicia de la República de Colombia y de la Corte Constitucional. Para este fin, se usaron los instrumentos elaborados: fichas bibliográficas (fichas de análisis de contenido y fichas textuales), así como fichas de análisis de sentencias.

Es importante resaltar, además, que para el desarrollo de la presente investigación, se elaboró una construcción teórica trazada a partir del análisis de cada uno de los referentes de los objetivos e hipótesis, la cual se contrastó con la posición del investigador. Este análisis permitió, finalmente, llegar a las conclusiones.

Por último, debe tenerse en cuenta que durante toda la investigación el investigador se encontró ajeno al objeto de investigación, por lo que no tuvo sesgos que afectaran su independencia respecto del objeto de la investigación, y, además, se manejó de forma ética y profesional la información.

2. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL HECHO DE LA VÍCTIMA.

2.1. La causa extraña en la responsabilidad civil.

Una vez configurado el evento dañoso, es el responsable (o el deudor) el llamado a demostrar la configuración de alguna causal de exoneración de responsabilidad civil, dentro de las que se encuentran las denominadas causas extrañas.⁹ Es decir,

⁹ LE TOURNEAU, P., *La responsabilidad civil profesional*, 2ª ed., trad. J. Tamayo Jaramillo, Legis, Bogotá, 2014, p. 22, señala que “desde el punto de vista lógico, la fuerza mayor no debería ser considerada como causa exonerativa en el incumplimiento contractual, porque en realidad ella constituye un caso de extinción de la obligación preexistente (y en consecuencia de la obligación de pagar daños y perjuicios) [sic]; en cambio, en materia delictual la fuerza mayor impide el nacimiento de la obligación, puesto que el daño no es imputable al agente. Además, la culpa del acreedor es tenida en consideración a propósito de la inejecución del contrato o de la resolución, para las cuales el concepto de exoneración es inoperante. Pero, puesto que el régimen del incumplimiento contractual ha sido contaminado por el de la responsabilidad delictual, se volvió habitual analizar la fuerza mayor como una circunstancia que exonera al deudor contractual”. Del apartado transcrito se evidencia que el autor incurre en una imprecisión, en tanto la causa extraña no siempre equivale a la extinción de la obligación, aunque sí a la exoneración por el incumplimiento. Es decir, puede ocurrir que la causa extraña justifique un no cumplimiento, pero que este todavía sea posible, tal y como ocurre, por ejemplo, con la mora del acreedor, tal y como se verá más adelante. En ese mismo sentido, de manera un poco más precisa, NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., *Derecho de daños*, Thomson – Civitas, Navarra, 2013, p. 232, quienes precisan que la aplicación de la causa extraña opera en esferas diferentes, según se trate de responsabilidad civil contractual o extracontractual: “En la RCE el caso fortuito es algo que existe entre la acción y los daños, de tal manera que si no hubiera habido ese caso fortuito no se habría[n] producido los daños. En la RCC el caso fortuito es a lo que se atribuye el incumplimiento. En la RCC, la consecuencia del caso fortuito y la fuerza mayor es que se producen [sic] la exoneración del deudor como lo señalan los artículos 1182 y 1184 del CC”. Dos precisiones merece al apartado transcrito: en primer lugar, las normas citadas corresponden a la legislación española, los cuales prescriben que “Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora” y “También quedará liberado el deudor en las obligaciones de hacer cuando la prestación resultare legal o físicamente imposible”, respectivamente, consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>,

una vez la víctima-demandante logre demostrar¹⁰ la ocurrencia del supuesto dañoso, si el demandado-responsable desea exonerarse, deberá probar que el evento se debió a una causa extraña, en tanto esta es el límite por excelencia de la responsabilidad civil, al desvirtuarla.

recuperado el 29 de febrero de 2020; y, en segundo lugar, pese a que los autores hablan del caso fortuito y la fuerza mayor, lo dicho se extiende a todos los supuestos de causa extraña.

¹⁰ Como regla general, es el demandante quien debe probar los supuestos de hecho que desencadenan las consecuencias que persigue, lo cual se conoce como la carga de la prueba, de conformidad con lo prescrito en el artículo 167 del Código General del Proceso, el cual reza que “Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares. Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba”. Decimos que es una regla general, en tanto existen supuestos en donde la víctima no tiene dicha carga, por ejemplo, en los supuestos de culpa presunta, que encontramos, entre otras disposiciones, en los artículos 1730 y 2347 del Código Civil colombiano, los cuales prescriben, respectivamente, que “Siempre que la cosa perece en poder del deudor, se presume que ha sido por hecho o por culpa suya” y “Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar el daño sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado. Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa. Así, el tutor o curador es responsable de la conducta del pupilo que vive bajo su dependencia y cuidado. Así, los directores de colegios y escuelas responden del hecho de los discípulos mientras están bajo su cuidado, y los artesanos y empresarios del hecho de sus aprendices, o dependientes, en el mismo caso. Pero cesará la responsabilidad de tales personas, si con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”, respectivamente, así como la denominada carga dinámica de la prueba, en donde esta se le “asigna” a aquel sujeto procesal que se encuentra en mayor facilidad de probar, la cual se encuentra establecida en el mismo artículo 167 del Código General del Proceso, previamente transcrito.

Esta, entonces, es entendida como aquel evento externo, imprevisible e irresistible¹¹ que es la verdadera causa del daño.¹²

Que sea externo significa que el evento dañoso no haya sido causado ni por el presunto responsable ni por las personas que este tiene bajo su cuidado o aquellas por las cuales está llamado a responder,¹³ toda vez que este supuesto configuraría un evento de responsabilidad por el hecho ajeno o por el hecho de otro,¹⁴ en donde el responsable, pese a no causar directamente el daño sufrido por

¹¹ De otro lado, señala LE TOURNEAU, P., *La responsabilidad civil profesional*, op. cit., pp. 24 - 25, que en asuntos de responsabilidad, el elemento preeminente es la irresistibilidad, en tanto “nadie está obligado a lo imposible”. Es decir, para el autor, más que imprevisibilidad, lo que se exige es irresistibilidad, en tanto esta la absorbe.

¹² NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., op. cit., p. 227, quienes sostienen que “Algo imprevisible pero perfectamente evitable no tiene entidad suficiente para interrumpir el nexo causal y exonerar de responsabilidad”, lo cual significa, necesariamente, que deben concurrir todos los elementos de la causa extraña para que este se configure. Igualmente, ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, II, 12ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, p. 180, quien precisó que “para juzgar la evitabilidad, hay que recurrir a ver si el deudor obró o no diligentemente. Con lo que se vuelve en definitiva a tener que considerar como no procedente de caso fortuito el incumplimiento debido a culpa (falta de diligencia debida) [sic], y como procedente de caso fortuito, y no de culpa, el incumplimiento debido lo mismo a algo inevitable que a algo objetivamente evitable, pero que no haya sido evitado porque para su evitación habría hecho falta una diligencia que estaba más allá de la exigida por las circunstancias”. Igualmente, plantea O’CALLAGHAN, X., *Compendio de derecho civil. Derecho de Obligaciones*, II, 5ª ed., Dijusa, Madrid, 2008, p. 174, que “el concepto de caso fortuito y fuerza mayor se compone de dos elementos: elemento objetivo, la imposibilidad sobrevenida de la prestación, total o parcial: suceso inevitable o imprevisible; y elemento subjetivo, no imputabilidad de tal imposibilidad, ausencia de dolo y culpa; la inevitabilidad o imprevisibilidad a pesar de la diligencia media -diligencia de un buen padre de familia- del deudor. La esencia es la falta de nexo causal entre la conducta del deudor y el incumplimiento. Por tanto, *es el suceso que produce la imposibilidad de la prestación, no imputable al deudor* (por imprevisible o evitable) [sic] *que provoca el incumplimiento total o parcial* (el incumplimiento propio o el incumplimiento defectuoso) [sic] *de la obligación*”. Cursiva propia del texto original. Acá también debe entenderse que aunque el autor, de manera expresa se refiere al caso fortuito y/o fuerza mayor, lo dicho se extiende a todos los eventos de causa extraña.

¹³ En igual sentido, ver LE TOURNEAU, P., *La responsabilidad civil profesional*, op. cit., p. 28.

¹⁴ En este mismo sentido, ver TAMAYO LOMBANA, A., *La responsabilidad civil extracontractual y contractual*, 3ª ed., Doctrina y Ley, Bogotá, 2009, p. 274, quien indicó que “La persona que interviene para causar el

la víctima, está llamado a responder por las actuaciones de las personas bajo su cuidado.¹⁵

La imprevisibilidad atañe a la posibilidad del agente de considerar, de forma previa, la causación u ocurrencia del evento dañoso. Se debe precisar que no se refiere a eventos inimaginables, en tanto, actualmente todo es posible, luego, la imprevisibilidad se refiere solamente a aquellos eventos súbitos o sorprendivos.¹⁶

La irresistibilidad se refiere a aquellos eventos que, una vez presentados, no es posible para el agente, hacerle frente a sus efectos.¹⁷ Se aclara que se limita a los

perjuicio no deberá depender del demandado, pues entonces faltaría el tercer requisito: “ajeno o extraño” al demandado”. Igualmente, expone MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños. Las eximentes*, IV, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 61, que “El hecho del tercero, para configurar una eximente, debe reunir ciertos requisitos: 1) Debe ser, antes que nada, el hecho de una persona por la cual no se responde ni directa ni indirectamente; no es, por tanto, el caso de los hijos sujetos a la patria potestad, ni el de los dependientes en ejercicio o en ocasión de la tarea encomendada [...]”. Se aclara que, pese a que el autor se refiere al hecho de un tercero como una de las modalidades de causa extraña, el requisito de exterioridad o ajenidad, frente al presunto responsable, se exige de todos los eventos de la modalidad exonerativa.

¹⁵ En Colombia, estos eventos se encuentran regulados por el artículo 2347 del Código Civil, en donde se establece, a título de ejemplo, la responsabilidad de los padres por el hecho de sus hijos menores; de los empleadores por el hecho de sus trabajadores y; de los centros educativos, por el hecho de sus estudiantes. El artículo fue transcrito en la nota al pie **10**.

¹⁶ CAMPOZ CUESTA, L. P., “Incidencia del concepto de previsión en los elementos de la responsabilidad civil en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 35, julio - diciembre de 2018, p. 254, en donde, además, se indicó que “en lugar de proceder a la creación de un concepto de imprevisión con contenido jurídico por vía jurisprudencial, los altos tribunales han empleado el significado dado en el lenguaje común, esto es, *no anticipar*, pero otorgándole una valoración a lo imprevisible como el evento o acontecimiento *sorpresivo, súbito, excepcional o de rara ocurrencia*, refiriéndose a los hechos como eje central del estudio en sede de las causales de exoneración, y por ende de la imputación del daño orientado a los *acontecimientos* en los que se desarrolla la conducta del autor en el momento en que se ocasiona el daño; esto es, a los hechos que rodearon su ocurrencia, los que, una vez identificados, pasarán a ser sometidos al juicio de estimación para determinar si fueron o no excepcionales.” Asimismo, señaló LE TOURNEAU, P., *La responsabilidad civil profesional*, op. cit., p. 27, que la “imprevisibilidad no consiste en una vaga posibilidad de realización, porque si así fuera todos los eventos serían previsibles”.

¹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993, p. 242, en donde se indicó que “para que exista propiamente causa ajena se requiere, según se deduce del

efectos, en tanto la causa se refiere a la imprevisibilidad. Frente a este tema, ha señalado LE TOURNEAU, que

“[p]or ello, es lógico que la irresistibilidad del evento que no es más que otro nombre de la imposibilidad de ejecución, tal y como siempre lo hemos sostenido, sea el elemento característica de la fuerza mayor en el dominio contractual. Sin embargo, la previsibilidad no está totalmente excluida, porque la irresistibilidad solo es tenida en cuenta cuando la ejecución no puede de ninguna manera ser imputable al deudor, quien debe poner todo su empeño para evitar la ocurrencia de las consecuencias del evento, y en consecuencia para ejecutar el contrato”.¹⁸

Es necesario, además, precisar que ningún evento, de forma anticipada, puede ser considerado como causa extraña, en tanto se exige que, frente a los requisitos

tenor del artículo 1105 C. civ., que el suceso sea imprevisible o que, aun pudiendo preverse, sea inevitable, exigencia que parece lógica si se tiene en cuenta la regla de la diligencia en el art. 1104 y la que marca el quantum indemnizatorio del art. 1107”. Se aclara que las normas citadas corresponden a la legislación española, los cuales rezan:

“Artículo 1104. La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

“Artículo 1105. Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables”.

“Artículo 1107. Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

Dichos artículos fueron consultados en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, recuperado el 10 de agosto de 2019.

¹⁸ LE TOURNEAU, P., *La responsabilidad civil profesional*, op. cit., p. 25.

de configuración, se haga un análisis con relación a la persona que la invoca.¹⁹ Es decir, se debe establecer si para el presunto responsable, el hecho era imprevisible, irresistible y externo, toda vez que aquello que es irresistible para una persona, puede no serlo para otra, y lo mismo se predica de los demás elementos.²⁰ En este sentido, se entiende que, en la causa extraña, con relación al presunto responsable – demandado, se exige un análisis de diligencia y cuidado, para, de esta forma, establecer si fue diligente y cuidadoso²¹ para prever y resistir el evento o fenómeno invocado como causa extraña.

“Bien sabemos que la causa extraña es aquel acontecimiento o evento que reúne tres requisitos: ser irresistible, ser imprevisible y ser extraño o externo al deudor o agente del daño; los dos primeros requisitos implican necesariamente ausencia de culpa por parte del demandado. En efecto, siempre que el juez o investigador ha hecho previamente una valoración en abstracto del elemento subjetivo culpa en la psiquis del autor del daño, y por ese camino ha llegado a la certeza de que, en el caso concreto, éste no cometió culpa alguna, pues ningún hombre prudente y diligente hubiera

¹⁹ NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., *op. cit.*, p. 228, en donde se indicó que “La imprevisibilidad y evitabilidad se deben analizar desde el punto de vista del deudor o del presunto responsable”.

²⁰ En este punto se remite a VELÁSQUEZ POSADA, O., *Responsabilidad civil extracontractual*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2013, p. 516, quien expone que “Cuando los tratadistas manifiestan que ningún evento, en sí mismo constituye caso fortuito, dan cuenta de que la imprevisibilidad y la irresistibilidad no pueden predicarse *a priori* de ningún fenómeno”. Ahora, pese a que el autor se refiere expresamente al caso fortuito y a la fuerza mayor, el análisis se hace extensivo a todas las modalidades de causa extraña, en tanto, frente a todas, se exige la imprevisibilidad e irresistibilidad

²¹ En este punto, resulta sumamente dicente lo expresado en NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., *op. cit.*, p. 231: “si no se exigiera una diligencia en la evitación y en la previsión, la RC se vaciaría de contenido y quedaría casi exclusivamente para los supuestos de actuación dolosa, pues siempre habría un caso fortuito que supusiera la exoneración (si cualquier suceso mínimamente imprevisible e inevitable fuera considerado caso, la RC casi dejaría de existir) [sic]”.

podido **prever** el hecho o acontecimiento físico y externo a la conducta del demandado, o **resistir** sus efectos en caso que lo hubiera podido prever”.²²

Así también lo señala JORDANO FRAGA: “aparece en primer lugar una clara relación (de identidad) [sic] entre no imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y ausencia de culpa, y entre culpa e imputabilidad del evento impeditivo del exacto cumplimiento”.²³

De otro lado, y para ser precisos con el lenguaje, en asuntos de responsabilidad contractual, la sola configuración de la causa extraña no extingue la obligación, en tanto la causa extraña puede justificar el incumplimiento, pero este todavía ser posible y ser útil de cara a la consecución o protección del interés del acreedor.

Así lo precisa JORDANO FRAGA, en su aclamado texto, la responsabilidad contractual:

“La prueba liberatoria es la imposibilidad inimputable porque extingue la obligación, y extinguida ésta, la falta de exacto cumplimiento que el acreedor lamenta ya no es relevante, pues ya no se debe nada. El límite de la responsabilidad (y la prueba liberatoria, por tanto) [sic] coinciden con la extinción de la obligación; en tanto la obligación subsista por el defecto de exacto cumplimiento el deudor responde. Por ello no basta a exonerarlo la ausencia de culpa, porque ésta por sí sola no extingue la obligación”.²⁴

²² FAYAD AHCAR, W., “Algunas anotaciones sobre la culpa, causa extraña y responsabilidad objetiva”, en *Responsabilidad civil y del Estado*, Medellín, 23, 2008, p. 145.

²³ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 198.

²⁴ *Ibíd.*, p. 215. En igual sentido, DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Thomson-Aranzandi, Navarra, 2004, p. 168, quien señaló que: “cuando se han verificado conjuntamente el caso fortuito y la imposibilidad sobrevenida, además de quedar extinguida la obligación, el deudor queda liberado de responsabilidad [...] para que un suceso calificable como de caso fortuito produzca la efectiva liberación de responsabilidad es preciso que impida u obstaculice el cumplimiento, ya

Retomando, se tiene entonces que en los supuestos de causa extraña, en asuntos de responsabilidad contractual, nos encontramos ante una prueba compuesta o compleja: debe el deudor-responsable probar que el incumplimiento de la obligación se debió a causa extraña, lo que implica probar, además, que el deudor fue diligente para prever y resistir el fenómeno exonerativo invocado, lo que ha recibido el nombre de la conservación de la posibilidad del cumplimiento de la prestación.²⁵

Ahora, puede también el deudor, probar la extinción de la obligación y que esta se debió a la causa extraña invocada, lo cual, se insiste, no es indispensable, aunque los efectos de una y otra son diferentes: Si la extinción se debió a la causa extraña, se produce la liberación del deudor; mientras que si la extinción de la obligación no se debe a causa extraña, ello nos ubicaría en el supuesto del equivalente pecuniario o de la perpetuación de la obligación, tal y como lo señala LLAMAS POMBO: “para que se produzca la *perpetuatio obligationis* y el correspondiente deber de prestación por equivalente, la imposibilidad sobrevenida debe venir adjetivada por uno de dos requisitos alternativos: bien haber acaecido cuando el deudor ya había incurrido en mora, o bien ser imputable al deudor”.²⁶

que en cualquier otro caso la cuestión no se plantea”. Se precisa que aunque la autora se refiere al caso fortuito, lo dicho se hace extensivo a todos los eventos impeditivos. Para mayor claridad al respecto, ver JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pp. 212 – 220.

²⁵ *Ibid.*, p. 221.

²⁶ LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, Madrid, 1999, pp. 171 - 172. De otro lado, en este texto el autor realiza un juicioso estudio acerca del cumplimiento por equivalente y su diferencia con la indemnización de perjuicios. Al respecto son sumamente claras sus palabras al expresar que “la *indemnización* no es un subrogado de la prestación devenida imposible, y su pago no es un “cumplimiento por equivalente” de la obligación originaria. El pago de la indemnización es más bien el cumplimiento de otra obligación, la de resarcir los daños causados” (p.88). Sobre este aspecto no nos detendremos mayormente, en tanto desborda el tema de estudio.

Ahora, una vez configurada la causa extraña, debemos pasar a establecer cuál de sus modalidades es la del caso de marras,²⁷ toda vez que cada una de ellas tiene requisitos y presupuestos diferentes.

En este punto se precisa, entonces, que existen tres modalidades de causa extraña:²⁸ caso fortuito o fuerza mayor, hecho de un tercero y, finalmente, hecho de la víctima.

Nos referiremos tangencialmente a los dos primeros eventos, en tanto, frente al hecho de la víctima, lo haremos con mayor detenimiento, por ser ese el tema bajo estudio.

²⁷ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., p. 142, quien precisó que “lo cierto es que la fuerza mayor, entendida en sentido amplio, engloba la fuerza mayor en sentido estricto, la culpa de la víctima y el hecho de tercero, circunstancias éstas que, cuando son irresistibles, no constituyen sino variedades de la misma idea”.

²⁸ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la "imputación objetiva" y otros extremos*, Thomsom-Civitas, Navarra, 2014, p. 210, quien señaló que “La causa extraña puede proceder de un caso fortuito, el hecho de la víctima o del hecho de un tercero del que el demandado no ha de responder”. Más adelante, expone el mismo autor que “La referencia genérica de la ley o del contrato a la causa ajena, la causa extraña, u otra semejante, abarca a *cualquier hecho que suprime o desvía la relación causal*, siempre que no sea atribuible a quien lo invoca, o al riesgo de la cosa o al peligro de la actividad conforme a los artículos 1662, 1663 y 1665” (pp. 217 y 218). La cursiva es original del texto. Se precisa que la legislación citada corresponde al Proyecto de Código Civil Argentino de 1998. En igual sentido, MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, II, vol. II, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1993, p. 11, en donde se indica que “ese acontecimiento puede ser el hecho de la víctima: sucede con frecuencia que quien demanda reparación haya causado por sí mismo el daño del que se queja. Puede ser un acontecimiento que no quepa imputarle a nadie, como la tempestad o la guerra: el daño resulta entonces de la fuerza mayor o del caso fortuito. Por último, el daño puede ser el hecho de un tercero; es decir, de una persona que no es ni el demandado ni la víctima”. Asimismo, PIZARRO, R. D., “Causalidad adecuada y factores extraños”, en *Derecho de daños - Primera parte*, dirigido por F. A. Trigo Represas y R. S. Stiglitz, La Rocca, Buenos Aires, 2000, p. 257 indica que por medio de la causa extraña, “la causa material del menoscabo se desplaza hacia otro centro de imputación, exclusivo o concurrente: el hecho de la propia víctima, de un tercero extraño, o el caso fortuito”.

El caso fortuito o la fuerza mayor atañen a aquellos fenómenos de la naturaleza, guerras, paros de trabajadores. El artículo 64 del Código Civil colombiano lo define como “el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”.

Nótese que el, al definir el caso fortuito o fuerza mayor, las trata como equivalentes, pero, además, define, en estricto sentido, la causa extraña, en tanto, las diversas modalidades de causa extraña, según se indicó, requieren de un evento externo, imprevisible e irresistible.

Frente al hecho de un tercero, se exige, además, que este sea la única causa del daño y que no haya ninguna intervención ni de la víctima ni de las personas bajo su cuidado.²⁹ Lo primero, en tanto, frente a un evento de concurrencia de responsables, la consecuencia será la solidaridad de la obligación

²⁹ Se aclara que no se hace mención de la ajenidad frente al responsable y sus dependientes, en tanto este requisito de ajenidad o exterioridad es previa a la selección de la modalidad de causa extraña.

RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004, p. 403, indica que “El tercero, para estos efectos, es toda persona distinta del demandado y de la víctima. Por lo mismo, no es tercero el civilmente responsable, como sucede, por ejemplo, tratándose de los padres respecto de los hijos menores, de los tutores y curadores respecto del pupilo, etc.” En ese mismo sentido, véase YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, op. cit., p. 252, en donde se expresa que “Naturalmente, no se comprende en esta categoría de terceros a aquellas personas que por ley revierten la responsabilidad por sus actuaciones sobre aquella en la que recae la imputación que se examina. Si los Códigos civiles revierten sobre los padres las consecuencias jurídicas de los daños ocasionados por sus hijos menores, o sobre los empresarios las que generen por conducto de sus dependientes, es porque considera el hecho como suyo propio, y quedarían contrariadas tales normas si el demandado pudiese invocar para liberarse la circunstancia de que el daño fue debido precisamente al comportamiento de una de esas personas cuya actividad debía ser controlada por aquél. Del mismo modo, el deudor de una obligación contractual no puede exonerarse de las consecuencias del incumplimiento invocando el hecho de un auxiliar o sustituto que voluntariamente introdujo en su esfera de actividad”.

indemnizatoria.³⁰ Lo segundo, debido a que si el daño es causado por la víctima o las personas bajo su cuidado, si bien son terceros frente al responsable, realmente, configuran otra modalidad de causa extraña: el hecho de la víctima.

“Sin perjuicio del análisis aquí expuesto, creemos nosotros que, generalmente, cuando el hecho de un tercero interfiere en la relación causal puede producirse un triple efecto. Desde luego, puede este hecho excluir la culpa del demandado, lo que se evidenciará si desaparece el nexos causal físico, excluyéndose totalmente su responsabilidad. Pueden subsistir las culpas del demandado y del tercero, en cuyo evento puede sostenerse la aplicación del artículo 2317 del Código Civil y la víctima dirigirse contra cualquiera de los autores del daño reclamando la totalidad de los daños, y sin perjuicio de la acción que a cada uno de ellos pertenezca para repetir, en la parte que corresponda, en contra del otro autor del daño. Finalmente,

³⁰ El artículo citado ya fue transcrito (ver nota al pie número 6). Ahora, las excepciones planteadas por el artículo se refieren a eventos de responsabilidad por daño causados por el edificio en ruina y por las cosas que caen de un edificio, eventos en los cuales la obligación indemnizatoria a cargo de los responsables será conjunta.

Expresamente indican los artículos citados por el artículo 2344:

“ARTICULO 2350. <RESPONSABILIDAD POR EDIFICIO EN RUINA>. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia. No habrá responsabilidad si la ruina acaeciere por caso fortuito, como avenida, rayo o terremoto. Si el edificio perteneciere a dos o más personas pro indiviso, se dividirá entre ellas la indemnización, a prorrata de sus cuotas de dominio.”

“ARTICULO 2355. <RESPONSABILIDAD POR COSA QUE CAE O SE ARROJA DEL EDIFICIO>. El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas, a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso será responsable ésta sola. Si hubiere alguna cosa que de la parte de un edificio, o de otro paraje elevado, amenace caída o daño, podrá ser obligado a removerla el dueño del edificio o del sitio, o su inquilino, o la persona a quien perteneciere la cosa, o que se sirviere de ella, y cualquiera del pueblo tendrá derecho para pedir la remoción.”

podría suceder que el hecho del tercero no sea culposo, aun cuando sí la causa del daño, pero éste provenga de un acto lícito ejecutado por una persona sin que pueda formularse reproche. En este evento, salvo que medie una presunción de responsabilidad, no existiría obligación de indemnizar”.³¹

Finalmente, se aclara que el tercero puede ser anónimo³² y, con relación al demandado, seguirá exonerando, evento en el cual deberá acreditar que no fue causado por ninguno de sus dependientes, lo que no es nada diferente al requisito de exterioridad o ajenidad, previamente desarrollado.

2.2. Concepto y requisitos del hecho de la víctima.

Ahora sí, entrando propiamente en materia, el hecho de la víctima es, quizá, una de las modalidades de causa extraña más utilizada³³ y más problemática, en tanto

³¹ RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 408. Se precisa que el artículo citado se refiere a la legislación chilena, el cual reza: “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.” Consultado en http://leyes-cl.com/codigo_civil/2317.htm, recuperado el 13 de febrero de 2019.

Este artículo tiene su equivalente en la legislación civil colombiana, en el artículo 2344, previamente citado en la nota al pie número 6.

³² MOSSET ITURRASPE, J., op. cit., p. 70.

³³ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 205, quien sostuvo que “Son muchos los litigios en que la discusión se centra de forma casi exclusiva en si se ha dado o no esta conducta del perjudicado, pues es bastante más frecuente que se alegue por el demandado este tipo de interferencia que las consistentes en el caso fortuito en sentido estricto o la intervención de terceros”.

sus requisitos de configuración y consecuencias son más diversos,³⁴ a lo que se suma la complejidad del lenguaje, tal y como lo indica DE DIOS DE DIOS: “resulta, cuando menos, embarazoso delimitar la noción de culpa exclusiva de la víctima a sabiendas de que la terminología utilizada para identificar esta circunstancia es incorrecta. El aserto no hace justicia a la verdadera trascendencia jurídica de una causa de exoneración de responsabilidad, junto a la fuerza mayor caso fortuito y a la acción de tercero, cercena la relación causa-efecto”,³⁵ tal y como desarrollaremos a lo largo de este capítulo.

De otro lado, se aclara que esta figura se encuentra justificada, en tanto “resulta injusto imputar responsabilidad a otro si el daño se lo ha generado la propia víctima [... toda vez que] el daño que se autoprovo-ca [la víctima] no puede ser indemnizado por un tercero que no responde sino hasta la concurrencia del daño que efectivamente desencadena, no más”.³⁶

³⁴ Ver ORGAZ, A., “La culpa concurrente y sus efectos jurídicos”, en *Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 1051, quien expone que “La culpa de la víctima, lato sensu (dolo o culpa) [sic] puede concurrir con el dolo o la culpa del lesionante; las culpas, a su vez, pueden ser simultáneas o sucesivas y, en este último caso, autónomas o bien una de ellas mera consecuencia de la otra; las culpas pueden haber influido en la misma medida en la realización del daño o en medida diferente —o ser de diversa gravedad, según el criterio que se adopte— y, en cada uno de estos supuestos, el daño ser exclusivo de una de las partes o bien recíproco, de igual o distinta magnitud; etc.”

³⁵ DE DIOS DE DIOS, M. Á., *Culpa exclusiva de la víctima en los accidentes de circulación*, La Ley, Madrid, 2012, p. 124.

³⁶ RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 409. Igualmente, señala DE DIOS DE DIOS, M. Á., op. cit., p. 130, que “Si hay dos notas características de la culpa exclusiva de la víctima, éstas son: la ruptura del nexo causal y el principio de autorresponsabilidad”. Más adelante expone el mismo autor que “Con carácter general la autorresponsabilidad se presenta cuando la víctima contribuye a la causación de su propio daño. Según LEÓN GONZÁLEZ, si la víctima descuida negligentemente sus propios intereses, se coloca en situación de autorresponsabilidad con lo que ya no podrá pretender la carga del daño se desplace, en todo o en parte, sobre otro patrimonio” (p. 134). En el mismo sentido se pronuncia PIZARRO, R. D., op. cit., p. 259: “La propia conducta del damnificado se puede convertir, frecuentemente, en causa exclusiva o concausa del daño. En tal supuesto, no parece razonable trasladar (total o parcialmente) [sic] las

“La configuración de un contacto social puede hacer que el control de una situación no le competa sólo al autor del daño, sino también a la víctima. A veces es el mismo comportamiento de la víctima el que funda que sea a ella a quien haya de imputarse una consecuencia lesiva y puede ocurrir que la víctima se encuentre en tan desgraciada situación por obra del destino o por infortunio. De esta suerte, aunque el autor conozca las consecuencias lesivas de su comportamiento, puede afirmar frente a la víctima que dichas consecuencias son asunto de ella, cuando él se ha comportado de acuerdo a su rol”.³⁷

En ese mismo sentido, frente al fundamento del hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad, se pronuncia JIMÉNEZ HORWITZ:

“Precisamente el Derecho de daños se fija en la víctima para contrarrestar el rigor que la responsabilidad ha ido adquiriendo en estos ámbitos. Incluso se podría pensar que el protagonismo que adquiere la víctima se explica como una consecuencia más de las nuevas razones del Derecho de daños. Se deja de lado la tradición codificada y se emprende un camino sin retorno hacia un sistema particular de conceptos y elementos engarzados por la idea de seguridad. En particular, la tendencia a imputar culpa y riesgo al propio usuario entra en el sistema por la puerta de atrás a modo de límite de la responsabilidad civil. El prestador del servicio tiene atribuidas unas tareas en materia de seguridad y el usuario, otras. Lo mismo ocurre con los riesgos inevitables. Se distribuyen de un lado y otro. Y con estas razones es fácil concretar la causa que determina en qué lado ha de recaer el daño.

consecuencias a un tercero, habida cuenta de la ausencia (total o parcial, según el caso) [sic] de concatenación causal entre su conducta y el menoscabo. El damnificado es autor material del daño sufrido y lo debe soportar en esa medida”.

³⁷ Díez-Pícazo Ponce de León, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999, p. 345.

Cada cual soporta el daño vinculado con su ámbito de competencias y riesgo. Y si el daño recae del lado del usuario no puede reclamar indemnización”.³⁸

De otro lado, se tiene entonces, que se exige que el hecho de la víctima haya sido causado por aquella persona que sufrió el daño o por las personas bajo su cuidado,³⁹ es decir, el daño no le puede ser imputable al presunto responsable ni a las personas por las cuales este está llamado a responder, en tanto, se insiste, le debe ser ajeno o externo.⁴⁰

³⁸ JIMÉNEZ HORWITZ, M., “Los riesgos a cargo del perjudicado”, en *La responsabilidad civil por daños causado por servicios defectuosos*, dirigido por A. Orti Vallejo y M. d. García Garnica, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p. 105.

³⁹ En ese sentido, es ilustrativa la expresión contenida en DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Artículo 1902”, en *Comentario del Código Civil*, 8, dirigido por I. Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000, p. 634: “Cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por la culpa del perjudicado, o de una persona de la que éste deba responder civilmente, la responsabilidad del fabricante o importador podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso (art. 9). Es ésta una aplicación concreta de la doctrina general sobre compensación de culpas y culpa exclusiva del perjudicado”. Nótese que, aunque en un principio el autor habla de la responsabilidad del productor o fabricante, luego lo extiende a todos los supuestos de hecho de la víctima. La norma citada corresponde a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, de la legislación española, la cual prescribe que “La responsabilidad del fabricante o importador podrá reducirse o suprimirse en función de las circunstancias del caso, si el daño causado fuera debido conjuntamente a un defecto del producto y a culpa del perjudicado o de una persona de la que éste deba responder civilmente”, consultado en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1994-15797>, recuperado el 3 de marzo de 2020.

⁴⁰ Ver MONTÉS PENADÉS, V. L., “Causalidad, imputación objetiva y culpa en la “conurrencia de culpas”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Derecho Civil - Derecho de obligaciones*, II, dirigido por A. Cabanillas Sánchez, J. Caffarena Laporta, J. M. Miquel González, V. L. Montés Penadés, A. M. Morales Moreno y F. Pantaleón Prieto, Thomson –Civitas, Madrid, 2003, p. 2609, quien, además, expone la forma en que la figura se encuentra regulada en Alemania, Italia y Portugal. De otro lado, los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil –PETL, por sus siglas en inglés-, en su artículo 8:101, señalan que “Conducta o actividad concurrente de la víctima. (1) Puede excluirse o reducirse la responsabilidad en la medida en que se considere justo en atención a la culpa concurrente de la víctima y a cualesquiera otras circunstancias que serían relevantes para establecer o reducir la responsabilidad de la víctima si fuera la causante del daño. (2) Si se solicita la indemnización con relación a la muerte de una persona, su conducta o

En otras palabras se expresa RODRÍGUEZ GREZ, cuando señala que debe tenerse en cuenta que, “si lo obrado por quien sufre el daño ha sido instigado o promovido por el demandado, no puede considerarse que el acto de la víctima tiene autonomía, subsistiendo la responsabilidad del demandado como único autor del daño”.⁴¹

Ahora, recuérdese que, tal y como se indicó, toda causa extraña debe serle, al responsable, externa (o ajena), imprevisible e irresistible⁴² y, una vez configurados estos requisitos, pasamos a establecer, de las diversas modalidades de causa extraña, cuál es la configurada en el caso bajo estudio. Así lo indica LLAMBÍAS: “para que el hecho de la víctima pueda ser alegado por el presunto responsable del daño, como causa de exoneración suya, tiene que ser para éste un hecho imprevisible e inevitable, es decir, ha de configurar un caso fortuito”.⁴³

actividad excluye o reduce la responsabilidad conforme a lo dispuesto en el apartado 1. (3) La conducta o actividad concurrente de un auxiliar de la víctima excluye o reduce la indemnización que ésta [sic] puede reclamar a conforme a lo dispuesto en el apartado 1.” Consultado en <http://www.egtl.org/PETLSpanish.html>, recuperado el 18 de febrero de 2020. Igualmente, así lo entiende CÁRDENAS MEJÍA, J. P., “Causa extraña como eximente de responsabilidad”, en *Derecho de las obligaciones. Con propuestas de modernización*, III, 2ª ed., dirigido por M. Castro de Cifuentes, Temis y Universidad de los Andes, Bogotá, 2018, p. 459: “En todo caso, para que la culpa de la víctima se tome en cuenta no importa la gravedad de la culpa ni se requiere que esta sea intencional. También, para el mismo efecto, se toma en cuenta el hecho de sus dependientes o de las personas por las cuales es responsable”.

⁴¹ RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 410.

⁴² LARROUMET, C., *Teoría general del contrato*, vol. II, trad. Guerrero R., Temis, Bogotá, 1993, pp. 180 - 181, que “parece que la culpa de la víctima debe tener las características de la fuerza mayor [...] Cuando la culpa de la víctima no es imprevisible ni irresistible para el deudor, ella no podrá ocasionar una exoneración total de la responsabilidad civil de este. Esto no quiere decir que el deudor esté obligado a la reparación íntegra del daño. En efecto, si la víctima incurrió en una culpa que parcialmente fue el origen de su daño, es ilógico e inequitativo obligar al deudor a la reparación total. Es ilógico porque la obligación de reparación supone que el daño se deba a la actividad del acreedor. Si dicha actividad solo es en parte la causa del daño, se debe admitir una exoneración parcial de responsabilidad”.

⁴³ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, 5ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 632.

Pese a esto, un sector de la doctrina considera que, tratándose del hecho de la víctima, no se exige ni irresistibilidad ni imprevisibilidad,⁴⁴ en tanto, exponen, “Desde el momento en que el hecho no es imputable al demandado, eso basta. No cabría obligar al demandado, según se dice, a precaverse contra los hechos de la víctima, como no cabe obligarla a que se prevenga contra los acontecimientos naturales”.⁴⁵

Frente a esto, debemos aclarar que el planteamiento no puede ser definitivo. Si bien es cierto que al agente no se le puede obligar a prever que la víctima actuará en determinado sentido, también lo es que, una vez lo ha previsto, deberá actuar de conformidad con la información⁴⁶ que posee, en tanto, si el hecho de la víctima

⁴⁴ ARAYA JASMA, F., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003, p. 145, quien indica que “Para Alessandri, la culpa de la víctima puede ser causa de la exoneración total, aun cuando no haya sido imprevisible e irresistible, pues se trata de una circunstancia de exoneración distinta del caso fortuito, basta con que sea la única causa. Pero lo cierto es que, más que elementos característicos de la fuerza mayor, la imprevisibilidad y la irresistibilidad significan la prueba más concluyente de ausencia de culpa en el demandado, ya que, si el hecho de la víctima ha podido ser previsto o evitado, habría culpa en el demandado en no haberlo hecho y por lo mismo éste no podría alegar que el hecho de la víctima ha sido la única causa del daño. No vemos cómo un hecho de la víctima, previsible, deba producir la exoneración total del demandado”. De otro lado, CÁRDENAS MEJÍA, J. P., *op. cit.*, p. 457, expone que “Para algunos, para que el hecho de la víctima exonere se requiere que cumpla las condiciones de la fuerza mayor. No obstante, otros consideran que lo que se requiere es que el hecho de la víctima sea causa del daño y no sea imputable al demandado, pero no es necesario que se presente la irresistibilidad y la imprevisibilidad propia de la fuerza mayor. Expresan que desde el momento en que el hecho no sea imputable al demandado eso basta, pues no puede obligarse al demandado a precaverse contra los hechos de la víctima. Finalmente se dice que cuando hay culpa de la víctima la misma exonera desde que sea causa del daño, pero que el hecho no culposo de la víctima exonera si reúne los requisitos de la fuerza mayor”. Precisamente, indica ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Ediar, Santiago de Chile, 1983, p. 617, que “Para que la culpa de la víctima exonere de responsabilidad al agente, no es menester que a éste haya sido absolutamente imposible preverla y resistirla; esta culpa constituye una causal de irresponsabilidad distinta del caso fortuito. Basta que no haya incurrido en ella, esto es, que el daño tenga por única causa la culpa de la víctima”.

⁴⁵ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 40.

⁴⁶ Expone PREVOT, J. M., *Manuales de jurisprudencia. Daños y perjuicios. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 133, que “si el hecho de la víctima no es imprevisible, generalmente habrá una culpa del

le era previsible al presunto responsable, y este no toma ninguna precaución para evitarlo, no podrá alegar la configuración de una causa extraña.⁴⁷ “no parece razonable que se exonere al autor si podía prever la conducta no culpable de la víctima o evitar sus consecuencias”.⁴⁸

demandado, pues la culpa no puede ser apreciada por la sola falta de previsión de lo previsible por la conducta propia, sino que debe extenderse a la falta de previsión de la posible o probable imprudencia ajena”, para lo cual se basa en un fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora, sala II, 29/06/1995. Igualmente, sostiene que “La culpa de la víctima con aptitud para cortar totalmente el nexo de causalidad entre el hecho y el perjuicio a que alude el art. 1113 del Cód. Civil debe aparecer como única causa del daño, aparte de revestir las características de imprevisibilidad e inevitabilidad del caso fortuito y fuerza mayor”, con base en el fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala L, 14/05/1999. Asimismo, señaló que “la culpa de la víctima para constituirse en eximente total de responsabilidad debe revestir los caracteres de imprevisibilidad e irresistibilidad propias del caso fortuito”. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón, sala II, 15/08/1995. El artículo citado corresponde al anterior Código Civil Argentino, el cual reza que “La obligación del que ha causado un daño se extiende a los daños que causaren los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. (Párrafo agregado por Ley 17.711): En los supuestos de daños causados con las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guardián, no será responsable”, consultado en https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf, recuperado el 29 de febrero de 2020.

⁴⁷ En ese sentido, el Consejo de Estado colombiano condenó a una entidad hospitalaria por no haber evitado el suicidio de un paciente con antecedentes médicos psicológicos, quien, además, con antelación, ya había intentado suicidarse. En esa ocasión, consideró la entidad que al demandado le era previsible que el paciente intentaría quitarse la vida, pese a lo cual no adoptó las medidas de seguridad necesarias para la evitación del resultado presentado, razón por la cual fue condenada (sentencia del 23 de noviembre de 2016, consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicado: 68001-23-31-000-2007-00504-01 (41134)). En contraposición, de manera casi simultánea, exoneró a la Policía Nacional por el suicidio de un recluso, quien se encontraba en estado de embriaguez, en tanto había adoptado todas las medidas de seguridad pertinentes, tales como quitarle su cinturón, los cordones del calzado, revisar periódicamente su estado (sentencia del 10 de mayo de 2016, consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque, radicado: 52001-23-31-000-2006-00008-01 (42762)).

⁴⁸ CÁRDENAS MEJÍA, J. P., *op. cit.*, p. 458.

Finalmente, téngase en cuenta que el hecho de la víctima, al igual que las demás modalidades de causa extraña, tiene aplicación tanto en supuestos de responsabilidad contractual⁴⁹ como extracontractual,⁵⁰ aunque, se precisa, en el primer supuesto, en estricto sentido, se hablará del hecho del acreedor.

2.3. Desarrollo histórico del hecho de la víctima.

Es claro PUIG BRUTAU, cuando señala la trascendencia de la historia en las diversas instituciones jurídicas:

“Conviene puntualizar que con ello sólo pretendemos recurrir a la historia del Derecho en lo estrictamente indispensable para explicar debidamente, con la misma lógica de lo real, el orden jurídico vigente. El pasado, en la vida del Derecho, nunca deja por completo de ser ingrediente del presente. Aunque en el momento actual queramos utilizar el razonamiento jurídico sin fundarlo en los precedentes históricos, no podremos escapar a la realidad de que la lógica del jurista ha sido moldeada por la historia. En el campo de lo jurídico es donde, precisamente, la historia deja un sedimento de lógica. Al jurista, el simple hecho de que algo aconteciera en conexión con

⁴⁹ Indica VISINTINI, G., *Tratado de la responsabilidad civil*, trad. A. Kemelmajer de Carlucci, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 198, que “Entre los acontecimientos que pueden ser considerados causa no imputable al deudor, se hallan, sin lugar a dudas, hechos y situaciones atribuibles al acreedor o a su esfera [...], además de la regulación general de la mora del acreedor”.

⁵⁰ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., “Sobre la culpa de la víctima y la relación de causalidad”, en *Responsabilidad Civil*, dirigido por A. Kemelmajer de Carlucci, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007, p. 147: “la doctrina ha venido tratando la llamada culpa del acreedor con igual efecto en materia contractual que en materia extracontractual y por la misma razón en cuanto a que el deudor sólo responde del daño en la medida en que lo causa y si el acreedor ha dejado, por su parte, de observar las cargas que sobre él pesaban y esa inobservancia ha concurrido al daño, la indemnización debe reducirse”.

determinadas circunstancias, le suministra premisas para su razonamiento”.⁵¹

Pese a lo cierto de la transcripción, sólo nos pronunciaremos frente a esta de manera superficial, en tanto ya se tiene suficiente claridad de la misma, aunque, se insiste, sin desconocer su importancia.

Ahora sí, entrando en materia, debemos precisar que, antiguamente⁵² se consideraba que cualquier intervención de la víctima, por mínima que fuera,⁵³ daba lugar a la exoneración total del agente. Así se consagraba, incluso, en el Digesto.⁵⁴ En contraposición a esta corriente, se concibe la “doctrina de la

⁵¹ PUIG BRUTAU, J., *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951, p. 29.

⁵² Ver LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, *op. cit.*, pp. 634 - 635, que elabora un breve recuento de la evolución histórica de la figura: “En la evolución histórica del asunto se habían propiciado tres criterios para dirimir este punto: 1) antiguo sistema *romano*, excesivamente riguroso para el lesionado pues le negaba toda indemnización por haber intervenido, tal vez en una medida de escasa significación, en la producción del daño; 2) sistema opuesto al anterior que sólo tomaba en cuenta la culpa del responsable cargándole todo el daño con prescidencia de la culpa del damnificado; 3) sistema *moderno*, de predominio absoluto en la doctrina y jurisprudencia, llamado impropriamente de compensación de culpas: postula la necesidad de disminuir el monto de la indemnización en comparación con la que le habría correspondido al damnificado si él hubiese sido ajeno a la producción del daño”.

⁵³ Esta doctrina fue conocida como *clean hands* (manos limpias), la cual implicaba que “nada puede pretender quien no se presenta con las manos limpias para demandar, sin haber contribuido al mal de ninguna manera”. NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., *op. cit.*, p. 239.

⁵⁴ Ver YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, *op. cit.*, p. 205, en donde se indicó que “Ha habido antiguas opiniones que entienden que la mera intervención de la víctima rompe el nexo causal, no debiendo responder el agente por considerarse que su comportamiento, por sí sólo, no habría dado lugar al daño, y no procede distinguir según que su acción sea o no la única causa del mismo. Así se expresaba el Digesto, 50, 17, 203”. MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, *op. cit.*, p. 193, señala que “planteado el problema que presenta la *vexata quaestio* de la concurrencia de causas del dañador y dañado, una primera solución se halla en negar el resarcimiento a la víctima que ha contribuido, aunque sea mínimamente, a la causación de su daño. Se aplica la regla de POMPONIO (“*Quod quis ex culpa sua damnum sentit non intelligitur damnum sentire*”) [sic] que no exige la exclusividad de la culpa de la víctima para considerar que el daño lo ha causado sólo ella. La

imputación mecánica del daño al agente, según la cual la víctima ha de ser resarcida totalmente por el agente dañoso, aunque haya participado en su causación. En este caso en la culpa de la víctima la que resulta irrelevante”.⁵⁵

Un segundo momento importante en la evolución de la figura, al mitigar los efectos extremistas de las dos posiciones anteriores,⁵⁶ consiste en la teoría que se denominó de la última oportunidad clara⁵⁷ (llamada por algunos, la doctrina del burro). Veamos:

“Si el agente dañoso tuvo una clara y última oportunidad de evitar el daño, se considera que la culpa de la víctima no ha sido la causa próxima (*proximate cause*) [sic] de éste. Esta doctrina, inspirada en la teoría causal de Francis BACON (*in iure non remota causa, sed próxima spectatur*) [sic], significó, en muchos casos, el acogimiento de la doctrina de la imputación mecánica del daño al agente. La doctrina de la última oportunidad clara fue

máxima pomponiana imputa mecánicamente todo el daño a la víctima, que ha de soportarlo por entero, produciéndose una **compensación abstracta (neutralización)** [sic] **de culpas** de agente y paciente (*culpa culpam abolet*) [sic]. La culpa del agente se compensa (anula) [sic] con la de la víctima, a la que se niega el derecho a ser (parcialmente) [sic] restaurada: la culpa del agente dañoso resulta irrelevante. Es la aplicación de la regla del todo o nada (*tertium non datur*) [sic]”. Cursiva y negrilla del texto original. Igualmente, señala la autora que, según los planteamientos de PROENCA, la regla “pomponiana” no puede ser considerada como una regla general, en tanto su ubicación se debió a los compiladores y hace, además un interesante recorrido histórico de la figura (pp. 196 – 213).

Ver, además, DE CUEVILLAS MATOZZI, I., *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000., pp. 137 y 138, que realiza una breve descripción histórica de la figura bajo estudio.

⁵⁵ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., p. 193.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 204.

⁵⁷ NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., op. cit., p. 240, indican que “como superación de la *cleans hands* se encuentra la idea de la *last clear chance*, en la que habría que averiguar quién tuvo la última oportunidad clara de evitar el daño y ese será el considerado causante, pues es quien habría podido evitarlo”.

aplicada por primera vez en el caso *Davies v. Mann (1842)*: el propietario de un burro lo dejó atado junto a la carretera. El conductor de un carruaje de caballos, que circulaba a velocidad excesiva, chocó con el burro, causándole la muerte. El dueño del animal demandó al conductor, quien, como defensa, afirmó que la culpa de la producción del accidente procedía de la actuación de aquél, por haber atado incorrectamente a su burro. El juez no admitió este argumento defensivo razonando que, aunque el perjudicado (dueño del burro) había sido culpable, el conductor fue quien tuvo la última oportunidad clara de evitar el daño”.⁵⁸

Estas posiciones, afortunadamente, con el paso del tiempo, fueron tomando diversos matices: “Esta doctrina, conocida como *contributory negligence*, ha sido abandonada por casi todos los ordenamientos [...] Pero el paso más importante es el de la *Law Reform (Contributory Negligence) Act* inglesa de 1945, que dispone que cuando el daño haya sido causado en parte por la conducta y en parte por la de la víctima, no sea rechazada la acción, sino reducida la indemnización en la medida justa y equitativa”,⁵⁹ el cual, según MEDINA ALCOZ ha sido entendido de diversas formas:

⁵⁸ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., p. 204.

⁵⁹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, op. cit., p. 206. De otro lado, DE CUEVILLAS MATOZZI, I., op. cit., pp. 148-150, expone que el sistema indemnizatorio en supuestos de hecho de la víctima, ha transitado por tres momentos diferentes: a) división del daño por partes iguales, conocido como sistema de “paridad”; b) el prorrateo, de acuerdo a la gravedad de la culpa o de la conducta; c) cada sujeto debe soportar las consecuencias del hecho dañoso, en atención al grado de aporte causal. Asimismo, precisa el autor que, de los tres sistemas, al más acertado es el último. Igualmente, sobre esta “evolución histórica” de la figura en el Derecho anglosajón, ver MARTÍN CASALS, M., “A través del espejo”: Concurrencia de “culpa” de la víctima y culpa del causante del daño”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Derecho Civil - Obligaciones*, II, dirigido por A. Cabanillas Sánchez, J. Caffarena Laporta, J. M. Miquel González, V. L. Montés Penadés, A. M. Morales Moreno y F. Pantaleón Prieto, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 2472.

“a) Como un sistema de *pure comparative negligence*, que establece el principio de reparto del daño en proporción a la culpa de agente dañoso y víctima en la causación del daño.

b) Como un sistema de *modified comparative negligence*, desglosado a su vez en el *equal system* y en el *50% system*. El primero propugna la división del daño en partes iguales, sin atender al grado de culpabilidad de los sujetos. El segundo, introducido en 1931 en el estado de Wisconsin, considera que la víctima solo tiene derecho a ser resarcida si su culpa en la producción del daño es inferior al 50%, caso en que la reducción indemnizatoria vendrá determinada por su grado de culpa; por el contrario, si la culpa de la víctima es igual o superior al 50% carece de derecho resarcitorio.

c) como un *sligth-gross system*, según el cual la víctima sólo es resarcida si su culpa en la producción del resultado dañoso ha sido leve (*sligth negligence*) frente a la culpa grave (*gross negligence*) del agente; y la indemnización debida por éste será reducida en proporción a la culpa de aquella”.⁶⁰

De otro lado, en España, es por medio de la Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de octubre de 1957, que se faculta a los tribunales a “moderar la responsabilidad del agente y reducir proporcionalmente el resarcimiento a su cargo, repartiendo el daño entre éste y el perjudicado y atribuyéndolo en grado diverso a uno y otro, según la gravedad de la culpa de cada uno o, apreciando, a

⁶⁰ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., pp. 206 - 207.

veces, el nivel de conexión existente entre las acciones culpables y el resultado dañoso”.⁶¹

Nótese entonces como, para llegar al estado actual, la figura ha tenido que sortear diferentes momentos, los cuales, tal y como se indicó, son aquellos que le han permitido evolucionar hasta su regulación y estado actual.

2.4. ¿Culpa de la víctima o hecho de la víctima?

RIPERT y BOULANGER, al referirse al aporte de la víctima, plantean el siguiente interrogante: “¿Debe hablarse de la culpa o del hecho de la víctima?”,⁶² para lo cual señalan la posibilidad de que el evento dañoso se haya causado por la participación de un menor de edad o un “alienado”.

Debemos entonces dilucidar si requiere culpa⁶³ de la víctima o basta con un aporte causal. Esta discusión ha copado ríos de tinta.⁶⁴ Hoy no pareciera adecuado hacer la exigencia de culpa por parte de la víctima, sino que se analiza en torno a la

⁶¹ *Ibíd.*, p. 209.

⁶² RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Tratado de derecho civil, según el tratado de Planiol. Obligaciones*, V, trad. D. García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 106.

⁶³ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 102, quienes consideran que, tratándose de supuestos de concurrencia de causas, se exige que el aporte de la víctima sea culposos.

⁶⁴ No obstante el planteamiento que se expondrá a continuación, se traen a colación las palabras de LLAMAS POMBO, en cuanto a la constante evolución del conocimiento, y, en especial, de la responsabilidad civil: “Por otra parte, y como también se ha puesto de relieve hace poco tiempo, el Derecho de daños es una materia especialmente cambiante y contingente, en pleno y constante desarrollo, lo que dificulta enormemente llegar a conclusiones estables y definitivas. Máxime cuando el *tempo* [sic] en el que se van sucediendo tales cambios no es homogéneo en unos y otros ordenamientos”. LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños: Casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010, p. 10.

causalidad,⁶⁵ en razón de la evolución que esta figura ha tenido dentro del Derecho de daños: “Naturalmente se da un tratamiento netamente causal a la cuestión de la “culpa exclusiva de la víctima”[,] que excluya la responsabilidad”.⁶⁶ En igual sentido se pronuncia JORDANO FRAGA: “El discurso de la no imputabilidad se resuelve así en la valoración de la incidencia causal del deudor sobre la imposibilidad de cumplir. De este modo la imputabilidad viene entendida en sentido rigurosamente objetivo como “referibilidad causal objetiva de la imposibilidad (sobrevvenida de la prestación) [sic] a factores extraños a la esfera de influencia del deudor””.⁶⁷

⁶⁵ Ver NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., *op. cit.*, p. 241, en donde se señala que “En realidad **no existe tanto una compensación de culpas o de moderación de la culpa, como una concurrencia de causas**”. La negrilla hace parte del texto original. En igual sentido, ver RIBORT IGUALADA, J., “La culpa “relevante” como culpa “adicional”: la STC 181/2000 a la luz de la interacción entre responsabilidad objetiva y culpa”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Derecho Civil - Derecho de Obligaciones*, II, dirigido por A. Cabanillas Sánchez, J. Caffarena Laporta, J. M. Miquel González, V. L. Montés Penadés, A. M. Morales Moreno y F. Pantaleón Prieto, Thomson – Civitas, Madrid, 2003, p. 2879, quien indicó que “La llamada impropia “culpa” de la víctima, en cambio, es un elemento del juicio de imputación objetiva de los daños y se refiere a que la conducta de la víctima ha sido la *causa* o al menos *una de las causas* jurídicamente relevantes en la producción del accidente y por ello la víctima o bien debe pechar íntegramente con las consecuencias dañosas o bien ha de ver reducida proporcionalmente la indemnización por los daños sufridos”. La cursiva es propia del texto original. Igualmente, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la “imputación objetiva” y otros extremos*, *op. cit.*, p. 35, quien señaló que “corresponde a Fernando PANTALEÓN [sic] el mérito de haber *introducido* en la doctrina civil española el concepto de *imputación objetiva* como –según sostuvo– la forma correcta de abordar los problemas que tradicionalmente consideramos como “de causalidad””. La cursiva es del texto original. Asimismo, JIMÉNEZ HORWITZ, M., *op. cit.*, p. 119, indica que, en relación con el hecho de la víctima en el campo judicial, se “suele emplear la expresión riesgo asumido por la víctima y se pudiera pensar por ello que el usuario acepta, en verdad, el riesgo. Pero si analiza con un poco de detenimiento la ratio de decidir se comprende que el riesgo le viene dado con un criterio objetivo de distribución de competencias. El usuario tiene atribuida la gestión de algunos riesgos relacionados con su propia seguridad y, por lo mismo, el daño conexiones con tales riesgos corre de su cuenta”.

⁶⁶ MONTÉS PENADÉS, V. L., “Causalidad, imputación objetiva y culpa en la “concurrencia de culpas”, *op. cit.*, p. 2617.

⁶⁷ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, p. 211. Así lo indica también GÓMEZ CALLE, E., “La contribución de la víctima a la causación del daño”, en *Derecho de daños*, dirigido por M. J. Herrador Guardia, Thomson

En este punto se destaca que existe una corriente que acude al denominado principio del espejo. En este se afirma que la víctima sólo debe soportar los daños que, de habérselos causado a uno tercero, estaría llamado a responder.⁶⁸ Esto implicaría, entonces, que para que el hecho de la víctima exonere, debe haber actuado la víctima de manera culposa.⁶⁹

Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2013, p. 290: “El efecto exoneratorio –total o parcial- de la culpa de la víctima se explica en términos de imputación objetiva: si el daño es objetivamente imputable a la víctima en su totalidad, ello significa que no lo es a su causante material, de modo que este no tiene que repararlo porque falta un presupuesto imprescindible para declarar su responsabilidad (tanto si es por culpa como objetiva) [sic]; y si el daño es objetivamente imputable a la víctima sólo en parte, el que lo causó materialmente sólo deberá reparar en la medida en que le sea imputable a él”.

⁶⁸ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., p. 308. La misma idea, pero sin acudir al principio, expresan PLANIOL, M. y RIPERT, J., *Tratado práctico de derecho civil francés. Las obligaciones - Primera parte*, VI, trad. M. Díaz Cruz, Cultural, Habana, 1936, p. 782: “La existencia de culpa por parte de la víctima se aprecia según los mismos principios que la culpa del autor del daño”, aunque, a renglón seguido, expresan que “La culpa de la víctima constituye respecto al autor del daño no-culposo un caso fortuito o de fuerza mayor, como lo sería la culpa de un tercero. Desde este punto de vista puede entenderse que existe culpa de la víctima aun en el supuesto que ésta no fuere responsable de sus actos: por ejemplo, cuando un menor o un loco atraviesa bruscamente una vía pública por delante de un vehículo y es alcanzado”.

⁶⁹ Al respecto, ver CHABAS, F., “La culpa como fundamento de la responsabilidad civil en el derecho francés”, en *IUSTA*, Bogotá, 36, enero - junio de 2012., p. 156, quien indicó que “La noción de culpa es fundamental entre nosotros, y cuando digo “nosotros” me refiero a los países hermanos de América Latina y de Europa, porque la mayor parte de la responsabilidad, tanto aquí como en Francia, se funda en la culpa, es decir que esta noción es fundamental. Lo es en un sentido doble: en primer lugar porque quien comete la culpa y con este motivo ocasiona un daño a otro tiene que reparar, generándosele entonces una responsabilidad hacia el prójimo, hacia los terceros. Pero la culpa también se tiene en cuenta cuando es “culpa de la víctima”, al punto tal que los principales fallos que delimitaron la noción de culpa conciernen en realidad a víctimas que habían cometido lo que tendríamos que calificar –y que en últimas la Corte de Casación francesa calificó- como una culpa”. En igual sentido, LARROUMET, C., op. cit., p. 181, indica que “puesto que se trata de admitir responsabilidad del acreedor consigo mismo, se debe exigir una culpa. No se trata simplemente, como en el caso de la exoneración total, de destruir el vínculo de causalidad entre la actividad del deudor y el daño sufrido por el acreedor. Se trata también de sancionar a la víctima, poniendo a su cargo parte de su daño, lo que supone que incurrió en una culpa”, luego, el autor realiza una distinción, según se trate de obligaciones de medio o de resultado, precisando que en estas últimas “la culpa del

“En la mayoría de los países de nuestro entorno suele afirmarse que los presupuestos de la concurrencia de la culpa de la víctima son los mismos que los de la culpa del causante del daño o, como mínimo, que coinciden en gran medida con los que deben darse para considerar que el causante del daño ha actuado con culpa. Así, la doctrina señala que los tres presupuestos necesarios para determinar que la víctima debe asumir una parte del daño (culpa, daño y relación de causalidad) [sic] también son los necesarios para dilucidar si existe o no responsabilidad del causante del daño y, para ilustrarlo, se recurre a la metáfora del espejo. La concurrencia de culpa de la víctima sería entonces algo así como la culpa del causante del daño vista en el espejo. Esa idea del espejo trae al recuerdo aquel memorable pasaje de la obra de Lewis Carroll (en la vida real Charles Lutwidge Dodgson, 1832-1898) [sic], *Alicia a través del espejo*, en el que Alicia reclamaba la atención de su gatito negro para contarle lo que ella veía “a través del espejo””.⁷⁰

acreedor no es una condición de su responsabilidad, pero la falta de la víctima será una causa de exoneración parcial proporcional a su gravedad”.

⁷⁰ MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, p. 2474. Igualmente, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, *op. cit.*, p. 614, aunque sin hacer uso del principio del espejo, indica que “La culpa de la víctima, que puede ser de acción u omisión y que se aprecia en conformidad a los mismos principios que la del autor del daño, es causa eximente de responsabilidad siempre que sea la causa exclusiva del daño. De lo contrario, sólo autoriza una reducción de la indemnización”. Subraya del autor.

2.4.1. Capacidad de culpa o aquiliana

Más allá de la noción de culpa, hoy se ha entendido que existe, además, un concepto que es previo, exterior y adicional a la culpa misma, y es la capacidad de culpa o capacidad aquiliana.⁷¹

Ello implica, entonces, que antes de establecer si el agente actuó o no con culpa, se debe establecer si este tenía capacidad de culpa, es decir, antes de hacer el reproche de conducta, debemos mirar si este era menor de 12 años.⁷²

“Un sector de la doctrina denomina equivocadamente a esta causa extraña culpa exclusiva de la víctima, pero no conviene incluir el elemento culpa como requisito para que opere el rompimiento del nexo causal, toda vez que hay hipótesis en las que la víctima es incapaz de cometer delito o culpa

⁷¹ En Colombia la figura se encuentra regulada en el artículo 2346 del Código Civil, el cual expresamente reza que “los menores de 12 años no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia”.

Antes de la entrada en vigencia de la Ley 1996 de 2019, el texto de la referida norma era el siguiente: “Los menores de diez años y los {dementes} no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas a cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia.” Se aclara que la expresión “demente”, en virtud de un cambio legislativo (Ley 1306 de 2009), fue sustituido por el de “persona con discapacidad mental”.

⁷² Expone DE DIOS DE DIOS, M. Á., *op. cit.*, p. 160, que “El principal escollo con que tropieza la ciencia jurídica surge con el concepto de “culpa del inimputable”. Y es que resulta paradójico que un incapaz sea culpable del daño, aunque éste lo sufra él mismo. MEDINA CRESPO sostiene que un niño no puede ser nunca culpable de un accidente. No obstante, puede ser causante de él, pero es la causa y no la culpa la circunstancia que determina la imputación y la falta de imputación de la responsabilidad. Queda meridianamente claro que el término culpa ha de considerarse como causa. Por tanto, habrá que valorar la incidencia del menor en la causación del daño, no la relevancia de la culpa. Por su parte, REGLERO CAMPOS confirma el razonamiento anterior, como así lo entiende la mayor parte de la doctrina dando por ‘valido que el término culpa debe ser entendido en el sentido de causalidad’”.

(C. C., art. 2346: dementes [sic] e infantes) [sic] y pueden ser exclusivos causantes del daño sufrido por ellos”.⁷³

Luego, si el agente carece de capacidad aquiliana, su actuación no le es imputable, a título de culpa,⁷⁴ por lo que se ha desarrollado la noción del hecho objetivamente ilícito,⁷⁵ lo cual no obsta para que la imputación “se dirija” a otra

⁷³ Ver VELÁSQUEZ POSADA, O., *op. cit.*, 2013, p. 517.

⁷⁴ Ver ARCOS VIEIRA, M. L., *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Aranzandi, Navarra, 2005, p. 112, quien expresa que: “El TS [léase, Tribunal Supremo Español] entiende, con buen criterio, que en lo que respecta al menor y dada su edad no puede hablarse de concurrencia de culpas, sino de causas”.

⁷⁵ Exponen CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., *Derecho de las Obligaciones*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010, p. 760 que “así, en un caso planteado en nuestro país por la conducta imprudente de un menor de diez años, que gravitó en el accidente que le ocasionara su muerte, se admitió la concurrencia de culpas pero ocurriéndose a otro argumento: la culpa sería del padre del menor víctima, como acto de responsabilidad propia, y la concurrencia de culpas recaería sobre él en forma directa por disposición de la ley. Nosotros coincidimos con estas posturas, aunque por distintas razones: pues -como ya lo sostuviéramos anteriormente-, en estos casos de actos “contrarios a derecho” practicados por sujetos sin discernimiento, existe una “ilicitud objetiva” por resultar violado el ordenamiento jurídico, aunque aquéllos no sean imputables, ya que la falta de imputabilidad no excluye dicho carácter objetivamente ilícito de la acción; por lo que, en consecuencia, no existe ninguna razón para excluir en tal supuesto la “coautoría”, si se cumple el requisito de la ilicitud del acto realizado por la víctima, que contribuye al resultado final dañoso para ella misma”. Asimismo, señala CHABAS, F., *op. cit.*, p. 158, que “Para los Mazeaud, la culpa es una culpa objetiva, se observa en el comportamiento del individuo prudente y avisado colocado en las mismas circunstancias exteriores. Eso nos permite descartar todo lo que toca las particularidades intelectuales; no vamos a tomar en cuenta si es un niño o un demente. Lo que se critica es que fueron más allá, porque toda una familia siguió las enseñanzas de los hermanos Mazeaud. Los Mazeaud añadían las particularidades físicas, por ejemplo: un pobre viejito de setenta años cruza lentamente la calle, y el semáforo cambia de color mientras él está en medio de la calle. Este viejito no se comporta como el individuo normal, porque el individuo normal pasa la calle con cinco minutos menos. De ahí que exista culpa por no comportarse como el individuo normal en las mismas circunstancias”. El autor propone un sistema intermedio, en el cual se compare el actuar de la persona, con un modelo de una persona de su misma categoría física. La discusión sería relevante si consideráramos que para la configuración de la figura bajo estudio, se requiriera culpa de la víctima y no fuese suficiente el aporte causal, punto que desde 1984, la Corte de Casación francesa ha sostenido de manera invariable: la culpa debe apreciarse de manera objetiva, razón por la cual ha entendido que el menor, el demente, el anciano, entre otros, cometen culpa. Igualmente, sostienen REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L., *op. cit.*, p.940, que “hay casos en que,

persona, por ejemplo, a aquellas que lo tenían bajo su cuidado o llamadas a responder por sus actuaciones.⁷⁶ Y es que, tal y como lo señala GARCÍA-RIPOLL, “una cosa es que los demás tengan que soportar los daños causados por un loco o un niño, y otra que, además, tengan que indemnizar al loco por sus locuras, o al niño por sus niñerías”.⁷⁷

En razón de ello, si la víctima no tuviese capacidad de culpa no podría cometer culpa,⁷⁸ lo cual, finalmente, implicaría que, aunque hubiese aportado a la ocurrencia del daño, su actuación quedaría “impune”, en tanto no comete culpa.⁷⁹

aun debiéndose el daño a la imprudencia de quien lo sufrió, sería razonable concederle el derecho a la indemnización. Así, tratándose de menores, ancianos, dementes, determinados incapacitados físicos, etc., con la única excepción de que hayan buscado voluntariamente el daño o concurra culpa muy grave. O en otros casos, cuando esa culpa no pueda ser considerada como inexcusable. A la inversa, sería justificable negar el derecho a la indemnización cuando interviniendo culpa leve del dañante, la de la víctima es de tal intensidad que absorba por completo la de aquél. Siempre, naturalmente, que no concurran circunstancias especiales que aconsejen lo contrario”.

⁷⁶ Igualmente, ARCOS VIEIRA, M. L., *op. cit.*, p. 100, señaló que “En conjunto, sólo cabe apreciar cierta diferencia en función de la edad de la víctima, más relacionada, sin embargo, con la existencia de terceros obligados a velar por la seguridad de algunas de ellas (menores de edad) [sic] que con la valoración de su imputabilidad personal (entendiendo por ello la capacidad de entender las consecuencias de sus actos) [sic]”. En igual sentido, ver MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, *op. cit.*, p. 132 y JIMÉNEZ HORWITZ, M., *op. cit.*, p. 125.

⁷⁷ GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, LXVI, IV, Madrid, octubre - diciembre de 2013, p. 1601.

⁷⁸ BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006, p. 429, en donde se indicó que “resulta discutible que la culpa de la víctima requiera el requisito de capacidad, porque es distinta la atribución de responsabilidad a un incapaz de la pretensión de éste de ser indemnizado; en la medida que la conducta del incapaz es objetivamente descuidada (como el niño que traviesa sorpesivamente una calle) [sic], no hay razón para no considerarla al momento de medir la intervención causal que ha tenido el ilícito del demandado, a menos que el deber de cuidado del demandado esté precisamente determinado por la probabilidad de que niños puedan exponerse a accidentes (como ocurre con el signo que anuncia una escuela en la carretera) [sic].”

⁷⁹ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 42. Se precisa que los autores citados entienden que el actuar de la víctima debe ser culposo para que se pueda configurar la causa extraña, pese a lo cual,

En este sentido toman relevancia las palabras de SANTOS BRIZ, al analizar el artículo 1902 del Código Civil español:

“Dañador y perjudicado han de soportar los daños en la proporción en que hayan contribuido a su causación conjunta. La imputabilidad se dará no sólo para el causante principal, sino también para el perjudicado cocausante, ya consista en una conducta subjetiva o en un riesgo creado; no basta, pues, para que haya concurrencia de culpas, la mera concausación adecuada.

La finalidad de investigar la concurrencia de culpas es determinar hasta qué punto el daño ha sido predominantemente causado por una u otra parte. Hay una concurrencia en la causación que hay que dilucidar antes de averiguar la concurrencia en la inculpación, interpretando esta última en sentido amplio que incluya no sólo la conducta culposa, sino también la derivada de riesgos creados por el perjudicado o sus auxiliares. El sentido amplio de la inculpación permitirá comprender en la concurrencia de

entienden que el hecho del “niño o del loco” (en nuestra terminología actual, entiéndase discapacitado mental) puede dar lugar a exonerar al responsable, aunque no sea la única causa, para lo cual no acuden a mayores argumentos. Se transcribe el apartado pertinente: “Para aquellos que deciden, con la jurisprudencia, que el niño y el loco no pueden incurrir en culpa, el demandado no sería, pues, admitido jamás a alegar el acto de la víctima cuando esta última estuviera privada de razón. Nosotros admitidos evidentemente la regla inversa. Ésta, por otra parte, está aceptada asimismo por la jurisprudencia y por cierto número de autores que, sin reconocerle al niño y al alienado la posibilidad de cometer una culpa, admiten no obstante que su acto haya podido quebrar la causalidad. Así pues, habrá lugar a no conceder sino una indemnización parcial al niño que, entretenido con otros en un juego peligroso, sea víctima de un accidente”. Nótese que, tal y como se indicó, admiten que en esos eventos en los cuales no hay una culpa de la víctima, por carecer de capacidad aquiliana, si su actuación es concurrente con la del presunto responsable, haya lugar a una reducción del monto indemnizatorio. En sentido contrario, ver SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973, p. 528, quien sostiene que: “El supuesto inverso, absorción de la culpa del principal responsable, ha sido también contemplado en numerosas sentencias de la Sala 1ª [...]. En general se ha estimado que la insuficiencia mental o de madurez de edad del perjudicado o la falta de precauciones en instalaciones industriales para prever daños aunque se hayan observado las reglamentarias, oscurece la culpa más o menos leve de la víctima, dadas sus circunstancias, lo que excluye toda compensación de culpas”.

responsabilidades a menores e inimputables en sentido clásico, al menos como norma general”.⁸⁰

Es decir, si un menor de 12 años, por ejemplo, atraviesa una vía de forma imprudente e intempestiva, razón por la cual es arrollado y se le causa la muerte, si se exigiese culpa de la víctima, el conductor debería responder, cabalmente, por el deceso.⁸¹ Esta solución no parece la más razonable, en tanto, sin lugar a dudas, la víctima fue, si no la única causa del daño, al menos aportó causalmente a este, razón por la cual, el requisito exigido, más allá de la culpa de la víctima, debe ser un aporte causal, lo cual, indiscutiblemente, lleva la discusión al ámbito del nexo causal.⁸²

“se afirma que el principio de causalidad justifica que para apreciar la concurrencia de culpa no sea necesario que la víctima sea capaz de culpa civil y lo que cuenta es su contribución objetiva a la causación del daño. Como es bien sabido, una regla parecida se expresa en España, cuando se afirma que basta con que la conducta de la víctima puede ser considerada

⁸⁰ SANTOS BRIZ, J., “Artículo 1902”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XXIV, dirigido por M. Albaladejo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984, pp. 143 - 144.

⁸¹ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p. 434, quien indica, con relación al hecho de la víctima de un incapaz aquiliano que “es discutible que la culpa de la víctima está sujeta a los requisitos de la capacidad que rigen respecto del tercero. La “culpa” de la víctima, como también se ha visto, no es un deber, sino un criterio de distribución del riesgo conexo al accidente. En tal sentido, puede entenderse que el niño menor de siete años que cruza la calle sorpresivamente en un lugar imprevisible tiene una intervención de tal manera significativa en la producción del daño, que no resulta justo que sea imputado exclusivamente al conductor que conducía en exceso de velocidad. La culpa de la víctima no es un juicio de reproche sobre su conducta, sino una especie de inoponibilidad total o parcial en el juicio de atribución del daño, que el tercero hace valer con fundamento en que parte del daño no puede ser imputado (al menos totalmente) [sic] a su propia negligencia”. Nótese que en el apartado transcrito, pese a hablarse de “culpa de la víctima”, el realizarse el planteamiento, se evidencia que, realmente, se refiere a supuestos de aporte causal, más allá de la culpa.

⁸² Con relación al aporte causal de los incapaces aquilianos, ver MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, *op. cit.*, pp. 297 -312. Además, la misma autora señala que el mismo tratamiento se brinda en la legislación francesa e italiana (pp. 324-337).

“objetivamente negligente” y que con esa conducta haya contribuido a causa el daño.

[...] no es necesario que la víctima sea subjetivamente imputable para que su conducta sea jurídicamente relevante a efectos de reducir la indemnización. Es suficiente, como mucho, que su comportamiento pueda calificarse como negligente objetivamente y que haya contribuido a la producción del daño”.⁸³

2.4.2. Relevancia causal

De otro lado, puede ocurrir que exista una culpa de la víctima, pero que esta no tenga relevancia causal frente al resultado dañoso.⁸⁴ Tal y como lo señala ARAYA JASMA: “La intervención de la víctima como mera condición del daño no traerá consecuencias en su responsabilidad civil. Para que ello ocurra es menester que el hecho de la víctima sea causa única o concausa del perjuicio, eventos en los cuales se configuran, respectivamente, causales de exoneración total y parcial de responsabilidad civil”. Lo anterior significa entonces que no es suficiente el mero aporte causal de la víctima sino que debe tener la connotación de causa.

Debe precisarse, entonces, que no basta cualquier aporte causal al resultado, sino que el mismo debe ser relevante en la producción del daño. “El hecho de la víctima no puede ser tenido en cuenta más que con la condición de poseer un vínculo de causa a efecto con el daño. ¿Qué importa la acción, incluso culposa, de

⁸³ MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, p. 2477.

⁸⁴ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Artículo 1902”, *op. cit.*, p. 652, señala que el Tribunal Supremo de España ha considerado que el aporte de la víctima debe ser “fundamentalmente determinante”. Para ello transcribe un apartado de la sentencia S. 17-11-98.

la víctima si nada tiene que ver con la realización del perjuicio? El principio es indiscutible”.⁸⁵

Esto en tanto es habitual que la víctima aporte al resultado, aunque su aporte no sea determinante: “es imprescindible que la actividad del que sufrió el percance haya colaborado en su producción de un modo eficiente, que no quiere decir único, sino con idoneidad o aptitud para la generación del resultado, con trascendencia directa en su aparición, con auténtico rango de concausa”.⁸⁶

MEDINA ALCOZ reitera lo dicho:

“La víctima, aunque sólo sea por su presencia en el evento dañoso, siempre colabora físicamente en la causación del daño que sufre, pero, en muchos casos, dicha participación resulta intrascendente porque la única causa jurídica del perjuicio es la aportada por el agente; en otros, la actuación de la víctima si resulta relevante y constituye la causa jurídica del daño. [...] La actuación de la víctima ha de ser causa adecuada del daño (*causa causans*) [sic] y no simple *condicio sine qua non*, pues de otro modo se llegaría a afirmar que la conducta de la víctima es siempre causa del daño sufrido”.⁸⁷

Dos ejemplos refuerzan lo planteado: i) un conductor que no usa el cinturón de seguridad, pero que es, literalmente, aplastado por un vehículo que cae desde un puente, ocasionándole la muerte o serias lesiones. No hay duda alguna de que la víctima estaba cometiendo una culpa al incumplir las normas de tránsito, pero esta no tuvo ninguna incidencia en el resultado sufrido por la víctima: ii) un peatón que

⁸⁵ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 38.

⁸⁶ DE CUEVILLAS MATOZZI, I., *op. cit.*, p. 145.

⁸⁷ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, *op. cit.*, pp. 123 - 124.

es arrollado por un vehículo, mientras estaba esperando ser recogido por un transporte público, aportó causalmente al resultado, pues de no haber estado esperando, no hubiese sido atropellado. Pese a esto, no puede afirmarse que su actuación tiene relevancia causal en el resultado final presentado, por lo que su contribución no es determinante.⁸⁸

“No es suficiente con que un acontecimiento haya desempeñado un papel en la realización de un daño para que sea tenido en cuenta, desde el punto de vista de la responsabilidad civil, como causa de ese daño; [se deben] rechazar todos aquellos que no han desempeñado un papel preponderante; que, en consecuencia, no han producido verdaderamente el daño, que no han sido su “causa generadora””.⁸⁹

⁸⁸ BARROS BOURIE, E., , *op. cit.*, p. 427, quien sostiene que “La víctima usualmente tiene una cierta participación activa en la materialización del accidente: el consumidor come un producto que lo intoxica; el inversionista compra valores que otro está vendiendo en uso de información privilegiada; el peatón atraviesa la calle al ser atropellado. Pero esa intervención es por lo general irrelevante a efectos de la responsabilidad. Del mismo modo que cuando intervienen otras causas en la producción del daño, lo usual será que *el hecho de la víctima* no afecte la responsabilidad, aunque haya sido causalmente determinante”. Debe aclararse que, en concreto frente al supuesto del peatón que atraviesa la vía, en ocasiones este hecho puede terminar, incluso, siendo la única causa. Piénsese por ejemplo, en un evento en donde, pese a existir un puente peatonal, o el deber de cruzar por la esquina, el peatón decide cruzar la vía de manera imprudente y súbita, momento en el cual es arrollado por un vehículo automotor.

⁸⁹ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 21. En igual sentido, ver DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *op. cit.*, p. 131: “La víctima interviene normalmente en la producción de su daño. Esa es una observación lógica que no requiere mayor explicación y que todos quienes tratan de esta materia notan. Sin su presencia o actividad el daño que se le causa no podría tener lugar. Sólo puede producirse el daño sin la presencia de la víctima en situaciones excepcionales, como cuando ella es objeto de alguna imputación injuriosa sin estar presente. El hecho de la víctima es, pues, en la mayoría de los casos, una condición del daño. Y, claro está, esa condición no tiene eficacia alguna en la determinación de la responsabilidad civil del autor del daño. Esa participación pasiva es intrascendente, en la medida en que ella no es la causa del daño. Para que la intervención de la víctima en el hecho generador de la responsabilidad pueda tener alguna trascendencia es preciso que, en alguna medida, sea causa del daño (*causa causans*) [sic] y no simple condición *sine qua non* de él, observación que, a pesar de parecer obvia, es común en los autores. Y esa intervención deja de ser una simple condición del daño, si interviene como causa de él”.

Es que lo contrario estaría desnaturalizando la institución misma del hecho de la víctima. LLAMBÍAS expone que

“Hay culpa concurrente cuando el daño resulta de la conexión de la culpa del damnificado con la culpa del autor parcial del daño. Empero sólo cuadra hablar de culpa concurrente cuando la conducta de los culpables ha sido eficaz en la producción del daño y ha actuado con autonomía. Una culpa irrelevante de alguno de los partícipes, es decir, indiferente con respecto al resultado dañoso, no sería computada. Como tampoco una culpa que careciera de autonomía por haber sido determinada por la culpa de otro, sería estimada para aliviar la responsabilidad de este último”.⁹⁰

2.4.3. Asunción del riesgo

Igualmente, podríamos estar en un supuesto en el cual el hecho dañoso se genere como consecuencia de una actividad peligrosa,⁹¹ en donde la víctima, sin ninguna

⁹⁰ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, *op. cit.*, p. 633. En sentido contrario, ver COLOMBO, L. A., “La indemnización del daño cuando existe culpa concurrente del ofensor y de la víctima”, en *Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales: 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 1059, quien sostiene que el hecho de la víctima debe ser “en sí mismo un hecho ilícito e imputable. Debe, también, reunir todos los elementos imprescindibles para alcanzar tal carácter: culposo, violatorio del derecho ajeno, causante del daño y no estar enervado por ninguna razón eximente de responsabilidad. De no admitirlo así, la culpa existiría únicamente en una sola de las partes; en otras palabras: existiría un solo autor del acontecimiento perjudicial. Además, como se ha observado con sagacidad, “decir que el simple hecho de la víctima basta para trascender sobre la responsabilidad, sería acordar, en la mayoría de los casos, la exoneración del ofensor””.

⁹¹ Indica ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, *op. cit.*, p. 619, que “Hay aceptación de los riesgos cuando la víctima se expone al daño a sabiendas de que puede sobrevenir, dada la naturaleza del hecho que ejecuta o en que interviene o participa. No basta que tenga conocimiento de la posibilidad de un daño. Si así fuere, todo hecho de su parte constituiría tal aceptación, ya que aun el hecho más inofensivo es susceptible de comportar un riesgo. Nadie ignora que el viaje en

negligencia en su actuación, asume el riesgo. Esta situación, por sí sola, tendrá incidencia, bien sea por la exoneración total del responsable, o por la reducción del monto indemnizatorio,⁹² pese a que, en estricto sentido, no constituye un hecho de la víctima.

Se debe partir de la aclaración de que la asunción del riesgo no implica una autorización para causar un daño, sino que la asunción va encaminada a la permisión para la realización de una actuación que implica un riesgo para esta,⁹³ aunque, se advierte, esta asunción, va más allá de la simple participación de la víctima en una actividad que suponga alguna clase de peligro, por ello, “En su forma más elemental, la asunción voluntaria del riesgo supone una aceptación de las reglas del juego de una actividad peligrosa”.⁹⁴

Es importante precisar que la expresión “asunción de riesgos” tiene dos acepciones: “También SOLÉ FELIÚ diferencia la asunción del riesgo propiamente

ferrocarril, en navío y, en general, en cualquier vehículo expone a choques, naufragios u otros accidentes y que aun el solo hecho de salir a la calle nos expone a ellos. En tales casos, no cabe hablar de aceptación de los riesgos. La víctima no ha consentido en nada: el autor del daño es plenamente responsable. Para que haya tal aceptación, es menester que el hecho sea peligroso por naturaleza, que su sola realización exponga a un daño probable a quien lo ejecuta o soporta”. Subraya del autor.

⁹² MAZZINGHI, J. A., “Responsabilidad objetiva: uso de la cosa contra la voluntad del dueño y la asunción del riesgo”, en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 1132.

⁹³ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p. 441, en donde indicó que “Quien asume un riesgo acepta el específico peligro conexo a la actividad. Con todo, conviene tener presente que la voluntad de la víctima no reside en la aceptación del daño, sino del peligro, que se asume a riesgo propio”. En sentido contrario, PIZARRO, R. D., *op. cit.*, p. 269, señala que “hemos sostenido que la aceptación de riesgos es una figura artificiosa y carente de justificación dentro de un sistema legal como el nuestro, que admite la liberación del supuesto responsable cuando prueba el hecho de la víctima. Conocer un riesgo no importa su aceptación, ni menos aún someterse a él mansamente, sin posibilidad de formular reclamo alguno de las futuras consecuencias dañosas”.

⁹⁴ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p. 441.

dicha y la asunción impropia del riesgo. Concibe la primera como causa de neutralización de la antijuridicidad (y, por tanto, como causa de exoneración absoluta de responsabilidad) [sic] y, la segunda, como un supuesto de concurrencia de culpas”.⁹⁵

En igual sentido, se pronuncia MEDINA ALCOZ:

“Hay un concepto amplio de culpa (*causa*) [sic] de la víctima (*genus*) [sic], que engloba la asunción del riesgo, y hay unos conceptos estrictos que se perfilan al separar la culpa y la asunción como situaciones singulares (*species*) [sic]. En rigor, el concepto amplio se expresa cuando se habla del “hecho” (causal) [sic] de la víctima –de gran arraigo en la doctrina francesa, por la recepción del sustantivo *fait* en el propio *Code* (arts. 1382, 1383 y 1384) [sic]- y, de este modo, la asunción se enmarca en la incidencia que el comportamiento de la víctima –hecho de la víctima- tiene en la relación de responsabilidad civil”.⁹⁶

⁹⁵ MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 46.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 50. Los artículos citados corresponden a la legislación francesa.

En igual sentido se pronuncia GÓMEZ CALLE, E., “La contribución de la víctima a la causación del daño”, *op. cit.*, p. 242: “La asunción de un riesgo por sí misma no tiene por qué ser significativa de culpa alguna: no obra culposamente quien toma parte en una actividad deportiva, aunque sea particularmente peligrosa (rafting, por ejemplo) [sic], o en un festejo taurino, o se sube a una atracción de feria (por poner algunos casos típicos) [sic], por el mero hecho de participar en tales actividades; el daño puede ser consecuencia de un accidente enmarcado de los riesgos normales de la actividad en cuestión, y no apreciarse negligencia alguna en ninguno de los implicados; lo que propicia entonces el resultado lesivo es la mera intervención de la víctima en la actividad de riesgo creada por otro y consentida por ella, sin que medie de su parte ninguna otra conducta –tampoco negligente- que pueda considerarse determinante de ese resultado; de ahí su diferenciación con las hipótesis de culpa de la víctima. Es en estos casos, caracterizados por la *ausencia de culpa tanto en quien crea el riesgo como en quien lo acepta*, en los que hay propiamente una asunción del riesgo del riesgo del riesgo por la víctima, cuyo efecto es la exoneración de responsabilidad del agente dañoso”.

Esta imprecisión conceptual se acentúa, en tanto los efectos prácticos de uno y otras son similares:

“La asunción por parte de la víctima del riesgo creado por otro sujeto constituye una circunstancia relevante en el funcionamiento de la responsabilidad civil, porque, en unos casos, afecta a su imputación, en la medida en que opera como factor de exoneración del supuesto agente dañoso (falta de imputación, por atribuirse el daño al comportamiento de la víctima) [sic], y, en otros, afirmada la responsabilidad civil, sirve para reducir su extensión cuantitativa (supuestos de imputación concomitante) [sic]. Por tanto, la asunción del riesgo cumple la función alternativa que se atribuye a la culpa de la víctima, dado que, cuando es exclusiva, se convierte en circunstancia exoneradora del agente dañoso, al impedir el nacimiento de su responsabilidad civil, y cuando concurre con la culpa aportada por él, e reductora de su alcance cuantitativo”.⁹⁷

Se itera, la víctima, en la asunción de riesgos, sea de manera consciente o inconsciente,⁹⁸ asume los posibles daños⁹⁹ que se puedan llegar a derivar de

⁹⁷ MEDINA ALCOZ, M., La asunción del riesgo por parte de la víctima, Riesgos taurinos y deportivos, *op. cit.*, p. 50.

⁹⁸ PIZARRO, R. D., *op. cit.*, p. 269. Se precisa que esta inconsciencia en la asunción del riesgo no debe provenir de otra parte o de una omisión suya, por ejemplo, en el deber de información, en tanto en estos supuestos, la asunción del riesgo por parte de la víctima, no produce efectos exonerativos. Asimismo, en sentido contrario, RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, p. 428, quien indica que “no puede atribuirse valor alguno a la aceptación del daño cuando quien lo admite ignora la peligrosidad de la actividad en la cual interviene o los daños que pueden llegar a producirse”. Nótese que el autor no hace salvedad alguna, por lo que se deduce que su criterio exige, siempre, consciencia de la víctima en la asunción del riesgo.

⁹⁹ Señala GÓMEZ CALLE, E., “La contribución de la víctima a la causación del daño”, *op. cit.*, p. 241, que “Si una persona entra voluntariamente en una situación de riesgo creada por otro, cuyo peligro conoce, con ello

alguna actividad en la cual se encuentra participando, siempre que no haya negligencia de aquel que organiza o dirige los riesgos:

“Lo mismo que en un régimen de imputación subjetiva la culpa exclusiva de la víctima exonera al agente dañoso, porque el daño sólo es atribuible a ésta, en un régimen de imputación por riesgo su asunción por parte de la víctima exonera al que lo crea, porque el daño se imputa al riesgo consentido, es decir, a la conducta arriesgada de la propia víctima. Esto es así siempre que no quepa ligar el daño a la culpa de su creador, porque en este caso, el subcriterio de la imputación culpable impide adjudicar al riesgo aceptado un rango atributivo”.¹⁰⁰

Debe aclararse que esta asunción del riesgo, no es equiparable a la denominada culpa intencional (dolo), en tanto no es lo mismo aceptar un daño, que puede o no llegar a ocurrir, que desear un daño e intentar que este se materialice,¹⁰¹ en estos

asume y acepta la posibilidad de sufrir los daños que sean consecuencia natural y previsible del riesgo asumido, esto es, los daños que se puedan producir por un accidente que tenga lugar dentro de ese riesgo (no los que se deban a riesgos anormales, o agravados o incrementados por la conducta de terceros) [sic]”.

¹⁰⁰ MEDINA ALCOZ, M., La asunción del riesgo por parte de la víctima, Riesgos taurinos y deportivos, *op. cit.*, p. 24.

¹⁰¹ RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, p. 414, quien indica que “Hay ciertamente más que un matiz entre **aceptar** un daño y **querer** un daño, ambas cosas corresponden a designios muy diversos”. Igualmente, PIZARRO, R. D., *op. cit.*, 269, indicó que “conocer un riesgo no importa su aceptación, ni menos aún someterse a él mansamente, sin posibilidad de formular reclamo alguno de las futuras consecuencias dañosas”. Asimismo, expone MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima, Riesgos taurinos y deportivos*, *op. cit.*, p. 27, que “por otro lado, la asunción, puntualiza BUSTO LAGO, constituye una situación intermedia entre aquélla en la que la víctima tiene un simple **conocimiento** de la posibilidad de la producción de un daño y aquella en la que este constituye el propósito perseguido. La asunción se manifiesta a través de una constelación de supuestos en los que, a veces, resulta difícil delimitar la frontera entre los casos en que la víctima ha tenido un mero conocimiento de los riesgos que corría, y aquellos otros en los que los riesgos eran verdaderamente consentidos. Pero el simple conocimiento de la posibilidad de sufrir un daño constituye un indiferente a los efectos de la posible imputación de la responsabilidad del agente dañoso, pues, carente de rango causativo, no sirve para exonerarlo ni para condicionar restrictivamente el alcance cuantitativo de su obligación resarcitoria”.

eventos la víctima “ha aceptado sencillamente correr un peligro grave, con pleno conocimiento de causa, sin desear en modo alguno ser afectado por él”.¹⁰²

Es por lo anterior que se ha entendido que, “Desde el punto de vista práctico pareciera que la decisión voluntaria de la víctima de haberse expuesto al peligro lleva inequívocamente a inferir que al menos acepta las consecuencias del *error ajeno*”,¹⁰³ es decir, “son supuestos de asunción culpable de un riesgo creado por otro, en los que la víctima no es causante del hecho dañoso, pero sí, junto con el creador del riesgo, del daño padecido”.¹⁰⁴

Esto implica que, pese a que exista una asunción por parte de la víctima, debe el agente actuar de manera recta, sin omitir las precauciones propias de la actividad a desarrollar, por lo que, “En definitiva, la asunción del riesgo no exime a los demás de sus deberes de cuidado, pero desplaza el riesgo en casos de mero error de conducta y permite definir en términos menos exigentes los deberes de diligencia de los terceros”,¹⁰⁵ razón por la cual la consecuencia será la reducción del monto indemnizatorio.¹⁰⁶

¹⁰² MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 87. En igual sentido, ver MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima, Riesgos taurinos y deportivos, op. cit.*, p. 45, “La hay en sentido propio [refiriéndose a la asunción del riesgo] cuando la víctima, sin intervención culposa, acepta el riesgo creado por otro, de tal manera que, de actualizarse, su aceptación se erige en la causa atributiva de los daños y da lugar a que éstos se le imputen a ella, porque tienen su origen en el riesgo consentido y no en el riesgo generado”.

¹⁰³ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p. 442.

¹⁰⁴ MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima, Riesgos taurinos y deportivos, op. cit.*, p. 29.

¹⁰⁵ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p. 443. En ese mismo sentido, RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual, op. cit.*, p. 415, quien señaló que “Esta posición no libera al demandado de comportarse como es debido ni puede exonerarlo de responder por los perjuicios que causan sus actos”.

¹⁰⁶ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 88, en donde se expresa que “el consentimiento para el duelo no hace que desaparezca el crimen cometido por el adversario de la víctima; el hecho de haber

2.4.4. Consentimiento de la víctima

Igualmente, también puede ocurrir que nos encontremos frente a un supuesto en el cual la propia víctima consintió en la producción del daño, lo cual se conoce como *valenti non jít injuria*, el cual expone que en estos supuestos la antijuridicidad de la conducta se excluye,¹⁰⁷ a menos que se trate de derechos o situaciones sobre los cuales carezca de disposición.¹⁰⁸ Y es que “es explicable que no deba responder del daño quien lo causa con autorización de quien lo ha de sufrir”,¹⁰⁹ siempre y cuando el comportamiento que da lugar al daño no sea culposo.¹¹⁰

En palabras de GÓMEZ CALLE

“Se entiende comúnmente que cuando la víctima consiente la lesión a uno de los bienes jurídicos de que es titular y del que puede disponer, el autor de la lesión queda exonerado de responsabilidad siempre que actúe dentro

subido a un coche de carreras no absorbe la falsa maniobra que haya podido efectuar el conductor; la aceptación de una operación grave no suprime la culpa del cirujano que no habría debido intentar la intervención. Ambos, el demandado y la víctima desempeñan un papel preponderante en la realización del daño. En verdad, ese daño posee dos causas. En consecuencia, no puede plantearse la cuestión de la absolución total del demandado”.

¹⁰⁷ BUSTO LAGO, J. M., “La antijuridicidad”, en *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, dirigido por J. M. Pena López, Manuales Básicos -MANUBAS-, Barcelona, 2004, p. 294, quien sostiene que “Como acertadamente advierte VINEY [sic], en el Derecho civil se presenta un clima netamente más favorable a la toma en consideración por el derecho de la voluntad del perjudicado. No se debe olvidar que el Derecho civil es la disciplina en la cual el respeto a las voluntades individuales ocupa un lugar preponderante, principio que adquiere en este ámbito un mayor sentido en virtud de la específica finalidad del sistema de responsabilidad civil: asegurar la reparación de los daños”.

¹⁰⁸ SANTOS BRIZ, J., “Artículo 1902”, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁹ DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Artículo 1902”, *op. cit.*, p. 377.

¹¹⁰ ARAYA JASMA, F., *op. cit.*, p. 151, quien indicó que “el consentimiento prestado por la víctima no hace desaparecer el carácter culposos del acto del demandado”.

de los márgenes de la autorización del afectado y observe la diligencia exigible, y supuesto que el consentimiento se haya expresado de manera eficaz (esto es, libre e informada y con la necesaria capacidad) [sic].¹¹¹

Si el afectado consiente el daño, entonces, no es posible que este devenga en ilícito, lo cual encuentra su fundamento¹¹² en el principio de la autonomía de la voluntad y en la libertad dispositiva del patrimonio, siempre y cuando, se insiste, estemos frente a bienes disponibles.¹¹³

Se aclara, asimismo, que el consentimiento, para que opere como causal de justificación debe ser previo, o al menos concurrente, con la ocurrencia del daño, en tanto si es posterior, simplemente implicará la renuncia a la indemnización.¹¹⁴

Es decir, sólo el consentimiento que es previo o coetáneo a la actuación del agente, produce efectos de causal de justificación, mientras que el consentimiento posterior, si bien no borra la antijuridicidad de la actuación, si produce efectos liberatorios en cuanto a la responsabilidad civil, toda vez que se toma como una renuncia a dicho derecho.

“[E]n sede de prueba del consentimiento del perjudicado titular del derecho o del interés legítimo lesionado, será una exigencia inderogable tanto el

¹¹¹ GÓMEZ CALLE, E., “La contribución de la víctima a la causación del daño”, *op. cit.*, p. 240.

¹¹² TRIGO REPRESAS, F. A. y LÓPEZ MESA, M. J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, I, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 959.

¹¹³ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p. 137, en donde se expuso que, “[e]n consecuencia, la autorización no puede importar condonación de dolo futuro; y no puede significar la renuncia a derechos indisponibles (como la vida o la integridad física) [sic]”.

¹¹⁴ ORGAZ, A., *op. cit.*, pp. 368-369, en donde se expuso que “ese consentimiento debe ser necesariamente anterior a la realización del daño personal o patrimonial (por ejemplo, antes de la operación quirúrgica) [sic]. El consentimiento posterior no es causa de justificación, pero civilmente es eficaz para eximir de responsabilidad al autor del daño (perdón) [sic]”.

hecho del consentimiento –la efectiva toma de posición por el titular en este sentido- cuanto su preexistencia o anterioridad temporal respecto del hecho lesivo; o lo que es lo mismo, la prueba del consentimiento habrá de versar necesariamente sobre el comportamiento del derecho previo a la realización del evento dañoso. [...] Se ha planteado doctrinariamente la posibilidad de que el consentimiento prestado con posterioridad a la producción del evento dañoso excluya la antijuridicidad. Sin embargo, parece claro que, en estos casos, el daño es antijurídico y el consentimiento otorgado a posteriori tendrá el valor de mera renuncia al ejercicio de la acción ex artículo 1.902 del CC; puesto que en el momento temporal en que acaece el daño no concurre la causa de exclusión de la antijuridicidad encarnada en el consentimiento del perjudicado. En estos casos, el derecho a ser indemnizado ya habrá nacido a favor del perjudicado –o de sus herederos- y se trata, en definitiva, de un supuesto de renuncia al derecho a ejercitar la acción de indemnización que no plantea otros problemas que los relativos a la legitimación y capacidad de los renunciantes, así como a la constancia de la renuncia”.¹¹⁵

De otro lado, debe precisarse que el consentimiento del damnificado, aunque similar, es una figura contraria a la asunción del riesgo por parte de la víctima, en tanto esta se refiere a la causalidad, mientras que el consentimiento atañe a la antijuridicidad.¹¹⁶

¹¹⁵ BUSTO LAGO, J. M., op. cit., pp. 299 - 300. Se aclara que el artículo citado del Código Civil, se refiere a la legislación española, el cual expresa que “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”, consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, recuperado el 3 de marzo de 2020.

¹¹⁶ Para un estudio detallado de las figuras mencionadas, ver MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima, Riesgos taurinos y deportivos*, op. cit.

2.4.5. Recapitulación

De todo lo dicho se tiene, entonces, que es más acertado limitar la exigencia al aporte causal,¹¹⁷ es decir, al hecho con relevancia causal, aunque la víctima no actúe de forma culposa¹¹⁸ o carezca de capacidad aquiliana. Y es que “la víctima no puede ser negligente o actuar con culpa en relación a sí misma y de ahí que resulta que la llamada “culpa” de la víctima y la culpa del causante del daño sean, necesariamente, dos nociones jurídicas distintas”.¹¹⁹

Al respecto son claras las palabras de VISINTINI

“Sin embargo, como lo ha revelado correctamente la doctrina, se da al término culpa, que figura en la norma, una interpretación que comporta una sustancial obliteración del concepto, o de alguna forma, un uso “atécnico”

¹¹⁷ DE CUEVILLAS MATOZZI, I., *op. cit.*, p. 125 indica que la expresión “culpa” es antitécnica, toda vez que, en estricto sentido, la culpa se comete contra terceros, no contra sí mismo.

¹¹⁸ Expone PIZARRO, R. D., *op. cit.*, p. 260, que “Frecuentemente se utiliza la expresión “culpa de la víctima”. La doctrina nacional [refiriéndose a los autores argentinos], en forma unánime, coincide en señalar que el vocablo “culpa” es utilizado aquí en un sentido figurado o impropio.” Igualmente, SANTOS BRIZ, J., “Artículo 1902”, *op. cit.*, p. 144 señala que “El fundamento de la imputación al perjudicado se halla en su propia conducta descuidada o negligente. No es preciso que la conducta sea culposa, es suficiente que sea antijurídica y originadora de daños para otra persona, ya que el daño que a sí mismo se causa el perjudicado no es reprochable desde el punto de vista jurídico”. En igual sentido se pronuncia VON TUHR, A., *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Comares S. L., Granada, 2007, p. 62: “no estamos, sin embargo, ante un caso de culpa, entendida esta expresión en un sentido técnico, toda vez que la culpa es el elemento subjetivo de una trasgresión jurídica y la ley no formula en parte alguna el deber de precaverse contra los daños que pueda causarse uno mismo”.

¹¹⁹ MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, p. 2479. En igual sentido, ver LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, *op. cit.*, p. 630, quien señala que “sólo en sentido figurado o impropio se habla acá de culpa de la víctima. La culpa alude a una conducta reprochable frente a las demás personas: en esta situación no hay una falta con respecto a otro, sino un desacierto que perjudica a quien lo comete, y que en rigor nadie puede censurarle, por lo que no hay una culpa en el sentido jurídico de la expresión que implica un juicio de reproche acá ausente”.

de él, como lo demuestra el hecho de que la jurisprudencia atribuya relevancia también a la concurrencia de la culpa del incapaz y, por ello, actualmente es más correcto hablar de concurrencia del hecho del acreedor-damnificado que de “compensación de las culpas”¹²⁰.

La culpa de la víctima,¹²¹ entonces, ni es necesaria ni es suficiente, en tanto lo que realmente se exige es un aporte causal.¹²² A esto se suma que no es posible que

¹²⁰ VISINTINI, G., *op. cit.*, p. 292.

¹²¹ Ver MONTÉS PENADÉS, V. L., “Causalidad, imputación objetiva y culpa en la “concurrencia de culpas”, *op. cit.*, p. 2618, quien indica que “En efecto, de *culpa* se habla con diversos significados: es la “*faute*”, esto es, una conducta reprobable no ajustada a los cánones éticos o jurídicos; es la imprudencia o imprevisión, la falta de diligencia, el defecto de pericia, o la misma imputabilidad de un resultado [...] Además, la jurisprudencia acentúa esa equivocidad usando la expresión “culpa” con diversos significados”.

¹²² En ese mismo sentido, ver GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., *op. cit.*, p. 1598, quien indica que “la doctrina critica la denominación [refiriéndose a la compensación de culpas] señalando que el problema no es que haya culpa de dos, sino que hay una concurrencia de causas”.

De otro lado, debe traerse a colación una corriente que ubica la discusión en el terreno de la imputación objetiva. En este sentido, ver MONTÉS PENADÉS, V. L., “Causalidad, imputación objetiva y culpa en la “concurrencia de culpas”, *op. cit.*, p. 2627, quien indica que: “creo que en los supuestos de concurrencia de culpas no se está ante un problema de causalidad del daño, sino ante una cuestión de imputación objetiva. No lo primero, que además de ofrecer extrema dificultad a los juristas, consiste en un criterio que se forma necesariamente a través de valoraciones y de limitaciones forzosamente jurídicas. Se trata más bien de decidir si se ponen a cargo del responsable más o menos daños, lo que se ha de traducir en una templanza de la obligación de resarcir, del *quantum* del resarcimiento”. En ese mismo sentido, ver DíEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 349, quien señala que: “Aunque suelen ser examinados, [...] desde el punto de vista de la culpabilidad [refiriéndose a lo que el autor denomina la competencia de la víctima], pertenecen también a los problemas de imputación objetiva”. Pese a lo dicho por el autor, no ofrece mayores argumentos que sustenten su exposición. Igualmente, RIBORT IGUALADA, J., *op. cit.*, p. 2880, señala que “Se trata, en definitiva, de extraer consecuencias de la idea de que no se trata de dos juicios paralelos de negligencia, sino que la contribución de la víctima plantea un problema de imputación objetiva de los daños, con independencia del fundamento en que se base la responsabilidad del demandado. Por eso los criterios subjetivos de imputabilidad u otros factores normalmente relevantes en la causación de los daños pueden ser distintos respecto a la “culpa” de la víctima, estableciendo por ejemplo la imputación objetiva sólo de la “culpa” inexcusable o excluyendo la aportación causal de la conducta de sujetos inimputables o especialmente vulnerables frente a ciertos riesgos”.

una persona cometa un culpa en contra de sí mismo, por ello se ha dicho que la expresión “culpa” usada en el artículo 2357 del Código Civil colombiano,¹²³ es una culpa impropia.

En ese mismo sentido, MEDINA ALCOZ ha dicho que

“los autores se han preocupado de destacar que la palabra culpa ha de entenderse en sentido impropio (no técnico) [sic]; porque la culpa en sentido jurídico está referida a la infracción de un deber jurídico frente a un tercero (principio de alteridad) [sic] que, en la órbita de la responsabilidad civil, se corresponde con la infracción del *alterum non ledere*. La culpa en sentido

¹²³ Prescribe el artículo citado que “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. En este orden de ideas, la expresión culpa contenida en los artículos 2270 del Código Civil, 1003 y 1196 del Código de Comercio, también es una culpa en sentido impropio o anti-técnico.

Rezan los artículos en cita:

“Artículo 2270. <LA NEGLIGENCIA DEL ALOJADO EXONERA DE RESPONSABILIDAD AL POSADERO>. Si el hecho fuere, de algún modo, imputable a negligencia del alojado, será absuelto el posadero”.

“Artículo 1196. <RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO EN RAZÓN DEL DEPÓSITO>. La responsabilidad del empresario será la del depositario. Esta cesará cuando la sustracción, pérdida o deterioro de las cosas depositadas sean imputables a culpa grave del depositante, de sus empleados, visitantes o acompañantes, o a la naturaleza o vicio de la cosa”.

“Artículo 1003. <RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR>. El transportador responderá de todos los daños que sobrevengan al pasajero desde el momento en que se haga cargo de éste. Su responsabilidad comprenderá, además, los daños causados por los vehículos utilizados por él y los que ocurran en los sitios de embarque y desembarque, estacionamiento o espera, o en instalaciones de cualquier índole que utilice el transportador para la ejecución del contrato. Dicha responsabilidad sólo cesará cuando el viaje haya concluido; y también en cualquiera de los siguientes casos: 1) Cuando los daños ocurran por obra exclusiva de terceras personas; 2) Cuando los daños ocurran por fuerza mayor, pero ésta no podrá alegarse cuando haya mediado culpa imputable al transportador, que en alguna forma sea causa del daño; 3) Cuando los daños ocurran por culpa exclusiva del pasajero, o por lesiones orgánicas o enfermedad anterior del mismo que no hayan sido agravadas a consecuencia de hechos imputables al transportador, y 4) Cuando ocurra la pérdida o avería de cosas que conforme a los reglamentos de la empresa puedan llevarse “a la mano” y no hayan sido confiadas a la custodia del transportador”.

técnico implica, por tanto, una conducta reproachable que, frente a otras personas, genera la obligación de reparar el daño causado”.¹²⁴

Y es que “aún el hecho no culpable de la víctima asume virtualidad liberatoria, en la medida en que haya sido causa o concausa del daño”.¹²⁵

Una vez se presenta un hecho de la víctima, la discusión se dirige hacia la causalidad entre la conducta del agente, de la propia víctima y el daño, en tanto el presunto responsable “no puede ser considerado autor del perjuicio”.¹²⁶ Es importante resaltar que, en este sentido, la discusión se dirige a la causalidad misma del perjuicio,¹²⁷ atendiendo que existe relación de causa-efecto entre el hecho de la víctima y el perjuicio por esta sufrido.¹²⁸ Analizar el hecho de la

¹²⁴ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., p. 128.

¹²⁵ VÁZQUEZ FERREYRA, R. A., “El hecho del tercero o de la víctima como eximente en la responsabilidad objetiva”, en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales: 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 1109.

¹²⁶ *Ibid.*, p. 1108.

¹²⁷ PIZARRO, R. D., op. cit., p. 264, quien expone que “El centro de la cuestión debe ser emplazado en el lugar que corresponde: la relación de causalidad. No se trata de ponderar culpas sino autorías materiales, y desde ese ángulo, tanto el hecho de la víctima culpable como el no culpable, pueden ser causa adecuada, exclusiva o concurrente del daño”. Asimismo, ver MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., p. 157, quien señala que “La idea de entender la culpa en sentido de *causa* está perfectamente acogida por la doctrina italiana, que lee el artículo 1227.1 del *Code Civile* con una perspectiva causal, pues –como indica FRANZONI– la *ratio* de la norma no es que la culpa, en cuanto que determina la responsabilidad, influya en la entidad del resarcimiento, sino que la víctima debe soportar el daño que ella misma se ha causado, o, lo que es lo mismo, desde el otro extremo de la posible relación, que el supuesto agente dañoso no tiene que soportar el daño que se causa a la propia víctima”. Indica la norma citada que “los daños se deben generalmente al acreedor por la pérdida sufrida o por la ganancia de que se le privó, salvo las modificaciones y excepciones que a continuación se expresan”, consultado en http://www.bibliotecavirtualdeandalucia.es/catalogo/catalogo_imagenes/grupo.cmd?path=1005630&presentacion=pagina&posicion=243, recuperado el 3 de marzo de 2020.

¹²⁸ Ver TAMAYO LOMBANA, A., op. cit., p. 259, en donde se indica que “en la hipótesis comentada [refiriéndose al hecho de la víctima], queda demostrado que no existe vínculo de causalidad entre el perjuicio de la víctima y el hecho o culpa del demandado en responsabilidad civil. El vínculo se encuentra en

víctima desde la causalidad y no desde la culpa de la víctima, permitirá que, en últimas, la reparación no constituya una fuente de enriquecimiento para la víctima y, mucho menos, una sanción para el responsable, en tanto, de esta forma, es posible asegurarle al responsable que “su obligación no asumirá un límite mayor que el del propio daño causado”.¹²⁹

Agudas y esclarecedoras son las palabras de LLAMAS POMBO al respecto:

“¿Cómo es posible que todavía sigamos confundiendo culpa y causalidad, caso fortuito e interrupción del nexo causal? ¿Es, de verdad, tan difícil entender que alguien puede causar un daño sin que se le imputen sus consecuencias económicas al haber sido diligente? ¿NO está claro ya hace demasiado tiempo que la causalidad es condición necesaria pero no suficiente de la imputación?”¹³⁰

“Es, en consecuencia, una exoneración relacionada con el presupuesto “autoría”. De ahí que juzguemos equivocada la exigencia, para la procedencia de la liberación, de culpa en el obrar de la víctima. Sea la conducta culposa o no, incluso aunque fuere involuntaria, es ella la que desencadena el daño; ¿cómo entonces atribuírselo a otra persona?”,¹³¹ es que la víctima es la autora, bien en

tal caso entre el perjuicio y el hecho de la propia víctima. Situado el asunto en el terreno de causalidad, se hace necesario que el hecho de la víctima reúna las condiciones de las otras causas extrañas exoneratorias de responsabilidad (fuerza mayor o caso fortuito y hecho de un tercero) [sic], situación que ya previamente fue descrita, en la configuración de los requisitos de la causa extraña, la cual, tal y como se anotó, aplica para todas las modalidades: el hecho debe ser externo, imprevisible e irresistible.

¹²⁹ PIZARRO, R. D., *op. cit.*, p. 256.

¹³⁰ LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños: Casos y opiniones*, *op. cit.*, p. 40

¹³¹ MOSSET ITURRASPE, J., *op. cit.*, p. 72. En ese mismo sentido, ver LIZ, C. A., y RIESGO, M. G., “¿Culpa de la víctima o hecho de la víctima?”, en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales: 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007, pp. 1104 - 1105, en donde se indicó que “Es en razón de lo anterior que gran parte de la doctrina moderna ha preferido manejar el concepto de “hecho de la víctima”, en lugar de “culpa de la víctima”, excluyendo así toda consideración acerca de la conciencia o inconciencia

parte o en su totalidad, de su propio daño y, en esa medida, debe soportar sus consecuencias,¹³² toda vez que “lo que en modo alguno [se] puede hacer es descargar las consecuencias del hecho dañoso en quien no fue su autor material”.¹³³

Sin lugar a dudas, se puede afirmar, entonces, que la justificación del hecho de la víctima, como mecanismo exonerativo, consiste en la estructura misma del nexo causal,¹³⁴ en tanto se busca que sea el propio causante del daño quien asuma sus consecuencias, lo cual, al fin de cuentas, es lo que permite excluir la responsabilidad del demandado y atribuírselo a la víctima,¹³⁵ bien sea en todo o en parte.

Ahora, debemos precisar que, si bien es cierto que no es necesario que la víctima haya actuado con culpa sino que basta que su comportamiento haya tenido relevancia causal en la ocurrencia del daño, para que esta modalidad exonerativa se configure, al igual que cualquiera de las formas de causa extraña, tal y como se indicó con antelación, se exige, además, ausencia de culpa por parte del agente responsable, para poderla prever y resistir: “lo cierto es que el deudor incumplidor para quedar exento de responsabilidad[,] ha de dar la doble prueba de la

del damnificado cuya conducta colabora en la producción del hecho, interviniendo de manera decisiva en la conformación de la relación causal”. En sentido contrario, ver REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L., *op. cit.*, p. 900, quien expresa que “Para que sea la víctima la que haya de soportar el daño es preciso que concurra un doble presupuesto: culpa e imputabilidad”.

¹³² PIZARRO, R. D., *op. cit.*, p. 259.

¹³³ *Ibid.*, p. 264.

¹³⁴ En palabras de SANTOS BRIZ: “La culpa del perjudicado afecta a la relación causal, excluyéndola si fue decisiva para la producción del evento dañoso o atenuándola en beneficio del agente si meramente contribuyó al resultado, lo que se traduce en una reducción de la indemnización a satisfacer”. SANTOS BRIZ, J., “Artículo 1902”, *op. cit.*, p. 279.

¹³⁵ MOSSET ITURRASPE, J., *op. cit.*, p. 73.

imposibilidad sobrevenida de la prestación y de la no imputabilidad a él de la misma”.¹³⁶

En este punto es importante resaltar que lo que fundamenta la exclusión de la responsabilidad o la disminución de la reparación, son fenómenos de causalidad, y nada tienen que ver con la equidad:

“Considero que el fundamento equitativo es demasiado general y permite al juez dividir el daño entre los sujetos sin sujeción a ningún criterio normativo, otorgándole una amplia discrecionalidad (*quaestio facti*). Además, no son razones de equidad las que determinan que el agente deje de responder por todo el daño o que la víctima no lo soporte por entero, sino de estricta causalidad, porque el daño ha sido causado por los dos sujetos, y no se le puede imputar a uno solo, sino a ambos. Por ello hemos de situarnos en el terreno del nexo causal (*quaestio iuris*)”.¹³⁷

¹³⁶ JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, p. 214.

¹³⁷ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, *op. cit.*, p. 217. Igualmente, expone la misma autora que la equidad como fundamento de la disminución de la indemnización fue sostenida en Italia por Brugi (p. 234). De otro lado, LAMARCA MARQUÉS, A., *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Publicaciones del Real Colegio de España –Bologna-, Zaragoza, 2001, pp. 38 - 39, señala que “El acreedor, a pesar de ocupar una posición de poder en la relación obligatoria, está limitado en su actuación en tanto en cuanto su comportamiento comprende su propia posición activa y el crédito como derecho subjetivo. A consecuencia de lo cual se puede hablar de la noción de autorresponsabilidad, que vincula al agente con las consecuencias de su actuación de modo parecido a la noción genérica de responsabilidad, pero sin que aquélla se base en la producción de un perjuicio ajeno. La autorresponsabilidad responde al imperativo de que cada cual debe asumir las consecuencias de sus propias actuaciones, también en el caso de que éstas deriven de una posición de poder. La autorresponsabilidad es la responsabilidad frente a uno mismo, sin que se produzca ningún perjuicio, ninguna injerencia ilícita en una esfera jurídica ajena”.

2.4.6. Colofón (Dolo de los intervinientes y teoría de los actos propios)

Ahora, pese a lo manifestado frente a la no exigencia de culpa por parte de la víctima, debemos precisar que existe un evento en el cual es relevante analizar la conducta en sí misma, al margen del aporte causal, y es el supuesto en el cual alguno de los intervinientes actúa con dolo. Es decir, más allá del grado de participación causal, factor determinante para establecer el monto por el cual cada uno de los aportantes (víctima y responsable) está llamado a resarcir, se debe establecer que cuando uno de ellos actúa con dolo,¹³⁸ su actuación subsume, en principio,¹³⁹ a la del otro “aportante causal”,¹⁴⁰ atendiendo que “aquel que quiere o consiente en la producción del daño se sirve de la culpa paralela como instrumento para la concreción de sus designios nocivos. Así las cosas, o el demandado se vale de la culpa de la víctima para concretar su propósito, o bien esta última hace lo propio con la culpa del demandado”.¹⁴¹

¹³⁸ TAMAYO LOMBANA, A., *op. cit.*, p. 260, en donde se indica que “responderá totalmente el demandado si ocasionó el perjuicio *intencionalmente* (aunque en parte haya habido culpa de la víctima) [sic]”. Es decir, plantea el autor que, pese a que la víctima actúe con culpa (requisito que, tal y como se indicó, no es necesario), si el responsable actúa con dolo, este prevalecerá sobre la culpa y será llamado a resarcir plenamente los perjuicios causados a la víctima. En ese mismo sentido, ver PIZARRO, R. D., *op. cit.*, pp. 273 – 274, DE CUEVILLAS MATOZZI, I., *op. cit.*, p. 126, así como MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, pp. 2483 - 2486.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 2485, plantea un ejemplo en donde, pese al dolo de la víctima, el responsable no se exonera, el cual consiste en el paciente recluido en un centro de detención o en un hospital. En Colombia ambos supuestos ya fueron desarrollados de manera jurisprudencial, cada uno de ellos de manera diversa. Ver nota al pie 47, en donde se expusieron ambos eventos.

¹⁴⁰ En igual sentido, LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, *op. cit.*, p. 645; CÁRDENAS MEJÍA, J. P., *op. cit.*, p. 461 y MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, pp. 2483 - 2486.

¹⁴¹ RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, pp. 413 - 414. Cita, además, el referido autor, un ejemplo bastante ilustrativo: una persona que desea suicidarse se arroja sobre un vehículo automotor conducido a exceso de velocidad, y de otro lado, el supuesto de un ladrón que aprovecha un “descuido” del dueño de una cartera, quien la deja caer al piso, lo que facilita su hurto. Igualmente, DE CUEVILLAS MATOZZI, I., *op. cit.*, p. 144, señala que “el actuar del perjudicado no podría tener tampoco su

Y es que,

“En efecto, no se ve bien que quien haya obrado malvadamente alegue que, sin una imprudencia de la víctima, no habría logrado sus fines. Pero hay que justificar la solución. Para lograrlo, no cabe basarse, con la jurisprudencia, en que una de las culpas es más grave que la otra: la reparación civil no se mide por la gravedad de la culpa. Es necesario situarse en el terreno del vínculo de causalidad. Se advierte entonces que la culpa intencional [dolo] del demandado es la única causa verdadera del daño. Sin duda, el daño no se habría realizado sin la culpa de la víctima; pero, por querer ese mal, el demandado ha hecho de esa culpa su instrumento; gracias a ella ha podido lograr su objetivo. No se trata ya de un concurso de circunstancias desgraciadas. El demandado ha dirigido los acontecimientos; por lo tanto, sólo él es la verdadera causa. El mismo razonamiento conduce a hacer de la culpa intencional de la víctima la única causa del daño y, en consecuencia, a absolver totalmente al demandado. En esta oportunidad es la víctima la que dirige los acontecimientos; es ella la que emplea la culpa del demandado como un simple instrumento”.¹⁴²

Igualmente, puede ocurrir que ambos sujetos intervinientes actúen dolosamente, evento en el cual deberemos retornar al supuesto original, en donde simplemente se analiza el aporte causal de cada uno de ellos y ninguno será subsumido.¹⁴³

motivación en una conducta dolosa, pues de presentarse tal hipótesis atraería sobre sí, con eficacia liberatoria para la otra parte, todo grado de responsabilidad”.

¹⁴² MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, pp. 76 - 77.

¹⁴³ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, *op.cit.*, p. 251. En igual sentido, ver PIZARRO, R. D., *op. cit.*, p. 274: “Algún sector minoritario de la doctrina nacional, con criterio extremadamente riguroso, ha sostenido que en caso de concurrencia de dolo de la víctima y del demandado, no habría lugar a la reparación porque ninguno de ellos podría alegar su propia torpeza. Tal proposición parece inaceptable. Nos encontramos en el campo de la responsabilidad civil y no en el de las

Finalmente, antes de concluir este apartado, es importante traer a colación otra corriente que fundamenta el hecho de la víctima, no en la culpa ni en la causalidad sino en la prohibición de ir en contra de los actos propios, la cual se basa en la buena fe consagrada en el § 242 BGB y es fundamentalmente alemana:

“Según esta opinión, sería contradictorio –y por tanto, opuesto a la buena fe- el comportamiento de la víctima que, después de haber concurrido culpablemente a causarse el daño, pretendiera ser plenamente resarcida. Esta teoría considera abusivo el ejercicio de la acción indemnizatoria, y no sitúa el acento en la conducta de la víctima que se causó a sí misma el daño, sino en su reacción frente al mismo”.¹⁴⁴

Sobre esta posición, debemos precisar que la teoría de los actos propios, más que fundamentar la configuración del hecho de la víctima, consiste en una de sus modalidades, es decir, existe una relación de género – especie, tal y como veremos en el **capítulo tres**.

nulidades, por lo que debe proceder la reparación del daño causado, en función de la incidencia que cada conducta dolosa pudiere haber tenido en la producción del menoscabo, único o recíproco”.

¹⁴⁴ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., p. 136. Igualmente, MARTÍN CASALS, M., op. cit., p. 2473, expone la referencia alemana a la doctrina de los actos propios, con ocasión del hecho de la víctima.

2.5. Efectos jurídicos del hecho de la víctima.

2.5.1. Hecho de la víctima concurrente vs. Hecho de la víctima exclusivo.

Debe aclararse que algún sector de la doctrina considera que se debe diferenciar entre los supuestos de hecho exclusivo de la víctima y hecho concurrente.¹⁴⁵

Sostienen que esta diferenciación es relevante, en tanto si el hecho es exclusivo basta el aporte causal, aunque el mismo no haya sido culposos, pero si es concurrente, si se exige que la actuación haya sido culposa.¹⁴⁶

¹⁴⁵ Además de la diferencia que se expondrá, también consideran que solamente será causa extraña cuando el hecho de la víctima es la única causa del daño, en tanto si es concurrente, solamente estaremos frente a la reducción de la indemnización. En este sentido, ver VELÁSQUEZ POSADA, O., *op. cit.*, p. 517. Debe aclararse que esta discusión carece de sentido, en tanto la consecuencia práctica de considerarla o no como una modalidad de hecho de la víctima es la misma: reducción del monto indemnizatorio, tal y como se verá más adelante.

¹⁴⁶ Ver MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 41, quienes señalan que “cuando el hecho de la víctima haya concurrido con la culpa del demandado a la realización del daño, se admite sin discusión que ese hecho debe ser culposos para tener influjo sobre la responsabilidad”.

De otro lado, TAMAYO LOMBANA, A., *op. cit.*, pp. 262 - 263, realiza un leve recuento de las consecuencias del aporte causal de la víctima en diversas legislaciones, tales como alemana, francesa, inglesa, entre otros. Allí menciona algunas soluciones del Derecho anglosajón, en donde aplican la *comparative negligence* y el *last clear chance*. En el primero se limita comparar las actuaciones tanto del responsable como de la víctima, para así reducir la indemnización en proporción a la actuación del actor perjudicado; mientras que la última se “fundamenta en el principio según el cual, aunque el demandante fue negligente, el demandado será responsabilizado si resulta evidente que, al haber obrado con *prudencia* y *cuidado*, él hubiera evitado las consecuencias de la negligencia de la víctima demandante. Ejemplo: Caspar, a sabiendas de que el motor de su viejo auto se atasca y tranca a menudo, conduce hacia un paso a nivel, en donde su automóvil se tranca frente a un tren que se aproxima. Si el maquinista del tren tiene amplia oportunidad de descubrir el auto varado de Caspar y a pesar de ello se abstiene de emplear la razonable precaución de parar el tren antes de este choque al automóvil, Caspar o sus parientes sobrevivientes pueden reclamar perjuicios al ferrocarril bajo la doctrina del *last clear chance*.” Esta última situación, tiene relación con el evento en el cual uno de los actores (responsable o víctima) actúa de forma dolosa, evento en el cual, pese a la negligencia del otro,

“Cuando el daño obedece únicamente a un hecho de la víctima, independiente del obrar del demandado, es indiferente si éste es o no culposo. El problema, en este evento, se reduce a una cuestión gobernada por la causalidad física, de la cual queda excluida la conducta del demandado. Pero no sucede lo mismo si en el daño concurren la culpa del demandado y de la víctima. En este caso, si el obrar de la última se ajusta a lo debido, perdurará la conducta del demandado como causa del daño, debiendo éste asumir la totalidad de los perjuicios. El comportamiento de la víctima, dicen los autores, aparece necesariamente como **neutro** desde el punto de vista de la responsabilidad”.¹⁴⁷

En Colombia, el fundamento de la distinción reside en el contenido del artículo 2357 del Código Civil colombiano, el cual, expresamente reza que “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”.¹⁴⁸

Lo primero que se debe “refutar” es la exigencia de imprudencia, que, según el tenor literal, se le hace a la víctima.

El “imprudentemente” que exige la norma transcrita, no puede ser entendido en términos de culpa, o, al menos, en términos de culpa en sentido propio o

la intención subsume y por ende se condena al ciento por ciento de la reclamación o se absuelve de toda responsabilidad al demandado, aspecto sobre el cual nos referimos con antelación.

¹⁴⁷ RODRÍGUEZ GREZ, P., Responsabilidad extracontractual, *op. cit.*, p. 410.

¹⁴⁸ Esta norma deja de lado la discusión que ha existido en supuestos de aporte causal de la víctima concurrente, en donde se ha planteado o bien la posibilidad de anular todas las causas del daño, tanto la de la víctima como la del responsable, lo cual generaría una exoneración; o bien el “reparto proporcional del daño”. Ver COLOMBO, L. A., *op. cit.*, p. 1060. En la legislación chilena, el artículo 2330 del Código Civil es similar a nuestra legislación, por ello, un sector de la doctrina, apegados al tenor literal de la misma, insisten en la necesidad de culpa por parte de la víctima cuando esta no es la única causa del daño. En este sentido, ver ARAYA JASMA, F., *op. cit.*, pp. 139 - 140.

técnico,¹⁴⁹ en tanto “los deberes jurídicos existen únicamente frente a otras personas y no frente a sí mismas”,¹⁵⁰ lo cual es corroborado con el deber genérico de conducta: no causar un daño a otro, pero nada dice con relación a la prohibición de causar un daño a sí mismo. Es decir, “la razón para haber utilizado el término “imprudencia” en la norma [...] parece ser que esta palabra constituye un mero resabio semántico del hábito de razonar en términos de culpa. Sin embargo, la decisión de utilizar la expresión “imprudencia” en forma aislada -sin mencionar también la negligencia o el vocablo más genérico de “culpa”- precisamente revela que la idea era enfatizar una acción de la víctima, es decir, la interposición de una nueva causa”.¹⁵¹

Piénsese, por ejemplo, en una persona que es lesionada y requiere tratamiento médico, pero sus creencias religiosas le impiden aceptar la ayuda, por lo que fallece. Su conducta no puede ser considerada como culpa, pese a que su decisión aporta causalmente al fatal desenlace, razón por la cual es la propia víctima quien asume la consecuencia de su negativa y no habrá que reprocharle al

¹⁴⁹ En ese mismo sentido, PIZARRO, R. D., *op. cit.*, p. 265, quien sostiene que “intrepretamos la expresión “falta” que contiene el art. 1111 como noción equivalente a “antijuridicidad objetiva” [...] Éste y no otro, es el sentido, dentro de un sistema basado en la relación de causalidad adecuada, que se debe atribuir a la expresión falta o culpa de la víctima”. Se aclara que la norma citada corresponde al anterior Código Civil Argentino. El Código vigente, en su artículo 1729 modificó la redacción, y en lugar de “falta”, habla del “hecho”. Reza expresamente la norma citada: “La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial.” Consultado en <http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo Civil y Comercial de la Nacion.pdf>, el 27 de febrero de 2019. Igualmente, MONTÉS PENADÉS, V. L., “Causalidad, imputación objetiva y culpa en la “concurrency de culpas”, *op. cit.*, p. 2624, expone que “la expresión “culpa” no es aquí reductible al concepto estricto de comportamiento no ajustado al estándar de conducta o de infracción de un deber, razón por la cual caben en el supuesto de “compensación” *culpas* que no merecerían ese nombre: actuaciones de inimputables, responsabilidad por hechos ajenos, o responsabilidad por riesgo”.

¹⁵⁰ MOSSET ITURRASPE, J., *op. cit.*, 1999, p. 74.

¹⁵¹ DE TRAZEGINES, F., *La responsabilidad extracontractual*, I, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1999, p. 236.

médico ni a ninguna otra persona. De hecho, así lo reconocen CAZEAUX y TRIGO REPRESAS: “Pero en estricto derecho no puede hablarse acá de “culpa”, lo que alude a una conducta reprochable frente a los demás, sino más bien de un accionar inoportuno o desacertado “contra sí mismo”, lo que no es objetable jurídicamente, ya que cada cual es dueño de sus actos”.¹⁵²

Igualmente, sostiene MOSSET ITURRASPE que:

“El presunto agente o causante del daño puede eximirse de responsabilidad aportando la prueba acerca del origen verdadero del perjuicio: que se originó en el comportamiento de la misma persona que lo sufre, en el hecho de la víctima.

Es, en consecuencia, una exoneración relacionada con el presupuesto “autoría”. De ahí que juzguemos equivocada la exigencia, para la procedencia de la liberación, de culpa en el obrar de la víctima. Sea la conducta culposa o no, incluso aunque fuere involuntaria, es ella la que desencadena el daño; ¿cómo entonces atribuírselo a otra persona?”¹⁵³

Nótese que, incluso, en el Derecho penal se realiza la distinción. Tomemos, a título de ejemplo, el delito de homicidio, el cual consiste en matar a otro, no en matarse a sí mismo, caso en el cual, estaremos frente a un suicidio, conducta que no es sancionada en el ordenamiento jurídico. Cualquier persona tiene el derecho a disponer libremente sobre su vida, razón por la cual puede suprimirla cuando

¹⁵² CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., *op. cit.*, p. 758. Igualmente lo señala DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *op. cit.*, pp. 133 - 136, quien, además, realiza una breve exposición del funcionamiento de la figura, en este aspecto, en Derecho comparado: Italia, España, Argentina, Francia, Chile y EE.UU. Indicó que de estos países, los únicos que no han desarrollado, de manera unánime el concepto, es Chile y EE.UU. En los demás, se ha entendido que la noción “culpa” de la víctima no se refiere a una culpa en sentido técnico sino como aporte causal.

¹⁵³ MOSSET ITURRASPE, J., *op. cit.*, p. 72. Se precisa, igualmente, que este aspecto, ya desde el apartado 2.4., quedó suficientemente claro.

quiera sin ninguna consecuencia, por lo que, se insiste, frente al acto de la víctima, no es necesaria ninguna culpa, bastando su aporte causal.

Ahora, si bien es cierto que el tenor literal de la norma exige que se haya expuesto “imprudentemente”, aspecto sobre el que ya se debatió, también lo es que no hace ninguna distinción entre el hecho exclusivo y concurrente.

En este orden de ideas, si la norma no diferencia entre el hecho de la víctima exclusivo y concurrente, no hay razón para que el intérprete distinga. Es que si para exonerarse basta el aporte causal aunque no sea culposo, no hay razón para exigir culpa para la concurrencia de causas.

Igualmente, puede ocurrir que la persona asuma el riesgo con la finalidad de salvar a otra persona o alguno de sus bienes, situaciones que son conocidas como “el caso del salvador”.¹⁵⁴

Antes de solucionar el evento descrito, es necesario diferenciar si el evento dañoso fue generado por aquella persona que se beneficia del acto benéfico, por un tercero ajeno, o, incluso, por el mismo salvador.¹⁵⁵

Si la situación riesgosa fue generada a expensas del salvador, o de las personas que tiene bajo su cuidado, “no se configura en rigor el acto de abnegación y, por ende, se carece de la acción resarcitoria”¹⁵⁶ en su favor, en tanto el afectado, finalmente, podrá reclamarle al “salvador” aquello que no haya logrado salvar.

Ahora, si el evento fue generado por aquella persona que recibirá los efectos del acto del salvador, la reparación se encuentra plenamente justificada, al igual que

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 77.

¹⁵⁵ Para mayor detalle ver DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Artículo 1902”, *op. cit.*, p. 412.

¹⁵⁶ MOSSET ITURRASPE, J., *op. cit.*, p. 78.

si fue ocasionado por terceras personas.¹⁵⁷ Esta reparación encuentra explicación en la gestión de negocios ajenos, en tanto con su actuar, el salvador, lo hace de cara a la protección de los intereses de una persona diferente a sí mismo.

Se tiene entonces, que puede ocurrir, eventualmente, que el hecho de la víctima haya sido causado por una actuación anterior del responsable, o, por el contrario, que el hecho de la víctima desencadene una actuación del responsable.¹⁵⁸ En uno y otro caso, más allá de la temporalidad en las diversas actuaciones, lo que se analiza es la causalidad, en tanto, la que prevalece, es aquella que haya sido generadora de la otra; es decir, si es el hecho de la víctima la que desencadena la actuación del responsable, esta última conducta será absorbida por los hechos de la víctima,¹⁵⁹ mientras que si, a *contrario sensu*, es el responsable el que conlleva a la actuación de la víctima, esta no influirá en el *quantum* indemnizatorio, y el responsable será condenado a resarcir, de forma plena, los perjuicios sufridos por la víctima,¹⁶⁰ en tanto no podrá afirmar que le sea externa.¹⁶¹

¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 78.

¹⁵⁸ Indica ARAYA JASMA, F., *op. cit.*, p. 143, que “es menester que el demandado no haya provocado por su culpa la conducta de la víctima porque, de ser así, la culpa del demandado sería la causa, al menos en parte, del daño producido y no podría ser exonerado totalmente de responsabilidad. Eso sí, una simple sucesión de culpas en el tiempo no implica necesariamente que la segunda se encuentre vinculada a la primera, por lo que no es suficiente para excluir la causal de exoneración”.

¹⁵⁹ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 100, en donde se expuso que “Por consiguiente, hay que sentar la regla general de que, si el hecho de la víctima es la verdadera causa de la culpa del demandado, absorbe a esta última y el demandado debe ser absuelto enteramente”.

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, *op. cit.*, pp. 420 - 422. En ese mismo sentido, Ver MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 100.

¹⁶¹ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, *op. cit.*, p. 149, en donde se indicó que “la *exterioridad* de la culpa de la víctima, en cuanto causa ajena liberadora de responsabilidad, falta cuando ha sido provocada por el agente dañoso, por lo que éste no puede negar que el daño le sea imputable”.

En este orden de ideas, se itera, frente al hecho de la víctima, sin importar si estamos frente a una única causa o es concurrente con la actuación del responsable, atendiendo que el análisis se realiza, no desde la culpa sino desde la causalidad, basta el aporte causal de la víctima en el resultado que presente, sin importar si la víctima actuó de forma culposa o no.

2.5.2. Efectos – Consecuencias.

En este apartado comenzaremos aclarando quien es el generador del hecho de la víctima, en tanto, en razón del evento dañoso, pueden existir -y coexistir- dos clases de víctimas: la directa y la indirecta.

La víctima directa es aquella sobre la cual recae el daño y sufre los perjuicios derivados como consecuencia del mismo;¹⁶² la indirecta, en cambio, no sufre daños, pero si perjuicios derivados del daño de la víctima directa, razón por la cual también ha sido llamada víctima reflejo o de rebote.¹⁶³

El hecho de la víctima puede provenir tanto de la víctima directa como de la indirecta, aunque, sea dicho de una vez, las consecuencias de una y otra son diversas.

Si el responsable del daño es la víctima directa, tal y como se indicó en el apartado anterior, la consecuencia será o la exclusión de la indemnización o la

¹⁶² GAVIRIA CARDONA, A., *Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios*, Fondo Editorial Universidad EAFIT, Medellín, 2017, p. 22.

¹⁶³ Sentencia del 18 de mayo de 2005 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, magistrado ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar, expediente 14415.

reducción del monto indemnizatorio, dependiendo de si es la única causa o, por el contrario, es concurrente.¹⁶⁴

Se aclara que estas consecuencias aplican tanto para las víctimas directas reclamantes por medio de la acción personal; para sus herederos, quienes reclaman en ejercicio de la acción hereditaria,¹⁶⁵ y; para las víctimas indirectas que reclaman su propios perjuicios,¹⁶⁶ en tanto su reclamo procede de la actuación de

¹⁶⁴ TAMAYO LOMBANA, A., *op. cit.*, p. 259, expone que “En síntesis, la actividad de la víctima puede hacer *desaparecer* a veces o *atenuar* otra veces, la obligación de indemnizar un perjuicio”. Igualmente, en España el Tribunal Supremo “viene a distinguir entre supuestos en que existe culpa exclusiva de la víctima y aquellos en que hay concurrencia de su culpa con la de otro sujeto. Consecuencia de la primera hipótesis es la no-responsabilidad del aparente agente; en la segunda hay lugar a una compensación se culpas, que se traduce en disminución del alcance o cuantía de la reparación: el agente responde en menor medida que si no hubiera mediado culpa de la víctima”. Ver DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Artículo 1902”, *op. cit.*, p. 439. Igualmente, expone DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *op. cit.*, p. 142, que, según la postura de JOSSERAND, la consecuencia del hecho de la víctima tiene como de razón la idea de una sanción para la víctima. Esta idea es descartada en MOSSET ITURRASPE, J., *op. cit.*, p. 75, en tanto no tiene “sentido considerar que un sujeto pueda ser responsabilizado frente a sí mismo y repararse a sí mismo el daño que él mismo se ha causado”.

¹⁶⁵ GAVIRIA CARDONA, A., *Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios*, *op. cit.*, pp. 41-42. Ver, asimismo, la sentencia del 28 de octubre de 2011 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana, magistrado ponente: Arturo Solarte Rodríguez, expediente: 44001-3193-001-1993-01518-01.

¹⁶⁶ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, pp. 438 - 439. De otro lado, ARAYA JASMA, F., *op. cit.*, pp. 161 - 162, precisó que “se trata aquí de una acción personal del causahabiente y en donde la víctima directa se encuentra frente a él, en cierta medida, en la situación de un tercero. Por lo mismo, sería fácil concluir que la culpa de la víctima no puede oponerse al causahabiente que actúa a título personal. El artículo 2330 CC habla de la “víctima” que se expuso imprudentemente al daño y, en este caso, las víctimas son los causahabientes, no habiendo existido imprudencia alguna de parte de ellos. Para ellos, tanto la víctima directa como el demandado contribuyeron a su daño por repercusión, por lo que éstos están en la situación de coautores de un daño y quedan obligados solidariamente a su reparación, según el art. 2317 CC. NO pudiendo dirigirse contra la víctima directa, los causahabientes se dirigen por el todo contra el otro coautor, quien conservaría una acción de reembolso contra la sucesión de la víctima por la parte de responsabilidad que corresponde a la víctima directa en el daño por repercusión, según las reglas generales. Es la doctrina sustentada por el decano Alessandri. Sin embargo, tal solución obedece a una interpretación exegética y a una “concepción geométrica” del derecho, que no parece corresponder a los principios de equidad que deben estar antes de todo rigorismo jurídico”. Las normas citadas corresponden a la legislación chilena, las cuales señalan que: “Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los

la víctima directa y la posibilidad de reclamar, es un reflejo de la afectación sufrida por la víctima directa, lo cual implica, entonces que, si la víctima directa aportó causalmente a su propio daño, en esa misma proporción deberá reducirse, o excluirse, según el caso, la reclamación de la víctima indirecta,¹⁶⁷ en tanto “Los daños de las víctimas por repercusión son personales, pero existe una interdependencia con los que ha sufrido la víctima directa. Por lo mismo, para poder pedir reparación, los terceros han de invocar el daño sufrido por la víctima directa, pues sin éste, ninguno sufren ellos”.¹⁶⁸

artículos 2323 y 2328. Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso” y “La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”, respetivamente, consultados en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986> , recuperados el 3 de marzo de 2020. En igual sentido se pronuncia GÓMEZ CALLE, E., “La contribución de la víctima a la causación del daño”, *op. cit.*, p. 281 y CÁRDENAS MEJÍA, J. P., *op. cit.*, pp. 464 - 465, que indica que “Otro punto que se ha discutido es si frente a las víctimas por rebote se puede invocar la culpa de la víctima inicial. Desde este punto debe advertirse que si las víctimas por rebote suceden a la víctima inicial, es claro que podría invocarse la culpa de la víctima inicial. Pero si se estima que las víctimas por rebote sufren un daño distinto al de la víctima directa, existe discusión sobre el particular, pues tales víctimas en ese caso actúan como terceros. En esta materia hay discusión en el derecho comparado. La Corte de Casación francesa, por fallos [sic] de 19 de junio de 1981 consagró el principio de que la culpa de la víctima es oponible a las víctimas por rebote. Señaló la jurisprudencia que si bien la acción de la víctima por rebote es distinta a la de la víctima inmediata, en todo caso proviene del mismo hecho originario con todas sus circunstancias. En Colombia, en sentencia de 1965, la Corte, reiterando doctrinas anteriores y al referirse a la acción que pueden intentar las víctimas por rebote, señaló que esta era una acción extracontractual, pero igualmente precisó que “habrá lugar a compensación de culpas de acuerdo con el artículo 2357 del C. C.”. Así mismo, la Corte, en sentencia de 17 de mayo de 1982, aceptó la oponibilidad por razones de equidad, porque no hay sentido en distinguir entre la acción personal y hereditaria y porque si no después habría acción contra ellas”.

¹⁶⁷ PIZARRO, R. D., *op. cit.*, p. 281, quien expone que “Esto explica, en buena medida, que el damnificado indirecto no pueda estar en mejor condición -en esta hipótesis- que quien fue víctima inmediata del suceso dañoso”.

¹⁶⁸ ARAYA JASMA, F., *op. cit.*, p. 162.

Es decir, no podrá la víctima indirecta alegar que su perjuicio fue causado por una pluralidad de responsables, lo cual generaría solidaridad entre todos ellos.¹⁶⁹

Cuestión diferente cuando la reclamación se dirige contra la víctima directa, en tanto deberá esta pagarle a la indirecta, a título de perjuicio, la deducción realizada en favor del demandado, atendiendo que, aquella adquiere la calidad de responsable frente a la víctima indirecta.

Es decir, no hay lugar a dudas que la reclamación que la víctima indirecta dirige en contra el responsable, está impregnada del hecho de la víctima, en razón del aporte causal de la víctima, lo cual implicará, tal y como se ha indicado, o exoneración total del demandado, o la reducción del monto indemnizatorio.

Pese a esto, la víctima indirecta podrá, además, dirigir una reclamación en contra de la víctima directa, en tanto su actuación le ocasionó perjuicios, aunque, esta reclamación, será de acuerdo a la reducción causada en favor del responsable, o, en caso de su exoneración, por la totalidad.

¹⁶⁹ En sentido contrario, ver MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op .cit.*, p. 45, en la nota (1), quienes indican que “El problema [refiriéndose a los efectos del hecho de la víctima en supuestos de reclamación de víctimas indirectas] no se plantea, por supuesto, sino para los herederos, y no para los parientes que no posean ese carácter. Para estos últimos, la culpa de la víctima no puede ser considerada como culpa del demandante, sino tan solo como culpa de un tercero”. Se aclara que pese a que los autores se refirieren expresamente a los parientes, lo dicho se hace extensivo a cualquier víctima indirecta, en tanto la expresión es mucho más amplia. Más adelante, ya en la p. 47, vuelven y refuerzan su argumento: “Los parientes de una persona fallecida de resultas pueden reclamar reparación a título de herederos; el perjuicio que invocan es entonces el sufrido por el difunto; litigan en nombre de su causante; todo debe transcurrir como si el difunto procediera por sí mismo. Por lo tanto, el demandado podrá oponerle a los herederos la culpa de su causante, igual que se la habría podido oponer a este último. Pueden igualmente, aunque sean herederos, proceder en su nombre propio: reclaman reparación del daño moral o material que sufren personalmente por el hecho de esa muerte. En tal juicio, la víctima no es ya el difunto, sino el pariente del demandante. El demandado no puede alegar ya, en este caso y en principio, la culpa del difunto como culpa de la víctima; no puede alegarla sino como culpa de un tercero”, lo cual implicará, tal y como se indicó, que exista entre el responsable, y la víctima directa, obligación resarcitoria de carácter solidario frente a la víctima indirecta.

Luego, si la víctima directa es la única causa del daño, la consecuencia será la exoneración¹⁷⁰ del responsable por ausencia de responsabilidad:¹⁷¹ “Aquí se rompe el nexo causal, lo que lleva a la exoneración de la responsabilidad del demandado; sin embargo, será éste quien deberá probar que concurrió culpa exclusiva de la víctima”.¹⁷²

De otro lado, tal y como se anotó, puede ocurrir que el hecho de la víctima no sea la única causa del daño sino que haya concurrido con el del responsable.

“Así pues, en estos casos, autor y perjudicado resultan mutuamente origen y causa del daño, puesto que la culpa de uno de ellos ha sido sólo uno de los factores que originaron el evento dañoso. Y precisamente, porque la víctima que sufre el perjuicio ha contribuido eficazmente a la producción del mismo, es cuando se habla de concurrencia de culpas, o como suele referirse con bastante asiduidad la jurisprudencia argentina “cooperación de negligencia””.¹⁷³

¹⁷⁰ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., pp. 140 - 141, quien indicó que en estos supuestos, el hecho de la víctima “se convierte en una circunstancia exoneradora de la responsabilidad del supuesto agente dañoso, ya que rompe el nexo causal entre el comportamiento de éste y el resultado producido. En tal caso, los daños sufridos por la víctima habrán de imputarse sólo a ella, en virtud del principio *casum sentit dominus*, porque sólo ella se los ha causado [...] La culpa de la víctima exonera de responsabilidad al agente dañoso porque es una **causa extraña o ajena**”.

¹⁷¹ RODRÍGUEZ GREZ, P., Responsabilidad extracontractual, op. cit., p. 413, en donde se expuso que “si el daño obedece al hecho de la víctima y no tiene relación causal alguna con el hecho del demandado, éste deberá ser liberado de toda responsabilidad, ya que falta para la integración del ilícito un elemento estructural. A la inversa, si se prueba que el daño proviene únicamente de la acción del demandado, sin que el hecho de la víctima tenga relación causal alguna con el daño, deberá condenársele a reparar todos los perjuicios”. En este mismo sentido, MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., op. cit., p. 75 y REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L., op. cit., p. 893.

¹⁷² ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños - Textos y materiales*, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011, p. 181.

¹⁷³ DE CUEVILLAS MATOZZI, I., op. cit., pp. 127 - 128.

Es decir, si la víctima simplemente realiza un aporte causal o no es la única causa del daño, la consecuencia será la reducción del monto indemnizatorio, lo cual se realiza en proporción al aporte causal de cada uno de los intervinientes,¹⁷⁴ tarea que aunque, teóricamente es sencilla, en la práctica, se convierte en una difícil labor.¹⁷⁵

“No es que en rigor sea la indemnización lo que haya de aminorarse, sino que, eliminado del proceso causal el factor que tiene a la víctima por protagonista, resta ahora como único daño jurídicamente relevante ese que precisamente se va a indemnizar. [...] Dicho de otra manera, si se puede hablar de ruptura total del nexo causal, también se puede hablar de ruptura parcial. No es que se calcule globalmente la magnitud del daño causado y a continuación se reste la cantidad que corresponde a la conducta de la víctima, sino que el agente viene en definitiva a indemnizar el daño efectivamente causado por él (cuestión distinta es que resulte más fácil proceder de la primera manera y que en la práctica resulte muchas veces la

¹⁷⁴ En sentido contrario, ver RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, op. cit., p. 423, quien expone que la reducción de la indemnización se debe realizar de acuerdo “a la gravedad de las culpas y su incidencia causal”, función que le corresponderá al juez.

¹⁷⁵ En este punto es importante resaltar la opinión de MONTÉS PENADÉS, V. L., “Causalidad, imputación objetiva y culpa en la “concurrency de culpas”, op. cit., p. 2621, quien indica que “la referencia a la influencia en el plano causal está condenada a diluirse en una estimación o apreciación discrecional que se resiste a ser regida por criterios objetivos generales. ¿Cómo determinar el grado de influencia de una de las concausas? [...] No veo la manera de baremar el grado de influencia de dos comportamientos culposos sobre el resultado dañoso [...]”. Igualmente, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Artículo 1902”, op. cit., p. 588 indica que “El criterio del juez es determinante de la cuantía de la indemnización (a pesar de que sus bases vengán impuestas en gran medida) [sic], en tanto en cuanto él es quien decide la moderación de la cuantía de la indemnización en función de la mal llamada culpa del perjudicado (que más correctamente tendría que llamarse “concurrency de la víctima en la producción del accidente”) [sic].”

única viable, ante la dificultad de cuantificar la proporción del daño que le corresponde a cada causa) [sic]”.¹⁷⁶

Se itera, no se trata, realmente, de una reducción del *quantum* indemnizatorio, sino de una condena íntegra, pero de lo efectivamente causado por el responsable.¹⁷⁷ Por ejemplo, si la víctima aportó el treinta por ciento al daño, el responsable sólo será condenado al ciento por ciento pero de lo efectivamente causado, es decir, del setenta por ciento restante que fue lo único que causó.¹⁷⁸ Se advierte que en estos eventos es el juez el encargado de asignar el grado de participación causal, para lo cual podrá basarse, en algunos eventos, en dictámenes periciales, pero, usualmente, lo hace por medio del denominado arbitrio judicial. Al respecto, se trae a colación lo expuesto por MEDINA ALCOZ:

“No se nos ocultan las dificultades que dicha teoría presenta, pues, producido un daño por la concurrencia de causas del agente dañoso y víctima, no puede considerarse realmente que *una parte* del daño haya sido causada por uno y otra parte por otro. Las dos causas intervinientes lo han

¹⁷⁶ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, op. cit., p. 259.

¹⁷⁷ Ver YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, op. cit., p. 208, en donde se indicó que “Cuando el juez compensa la conducta del agente con la de la víctima, no *compensa equitativamente* nada: se limita a condenar a aquél por los daños que él ha causado, eximiéndole de pagar los que el perjudicado ha causado en su propia persona o bienes.” En igual sentido, ver NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., op. cit., p. 241.

¹⁷⁸ Del tenor literal de lo dicho por SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 527, pareciera entenderse que realmente nos encontramos frente a un supuesto de reducción del monto indemnizatorio: “El efecto principal de la compensación de culpas es reducir la cuantía de la indemnización solicitada en la demanda. La coexistencia y compensación de culpas opera a efectos de aminorar, por imperativos de equidad, la indemnización debida [...]”. En igual sentido, ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., op. cit., p. 182, quien indica que: “la concurrencia de culpas no excluye la relación de causalidad, como sucedería si existiese culpa exclusiva de la propia víctima, sino que compensa la responsabilidad que se atribuye al agente del daño, compensación que se produce en la liquidación de las consecuencias del hecho dañoso”.

producido en su totalidad: la víctima se ha causado todo el daño (en concurrencia con el agente) [sic] y el agente le ha causado todo el daño (en concomitancia con la víctima) [sic]. La concreción de la responsabilidad del agente dañoso viene determinada por su cuota de aportación causal, al igual que la fijación de autorresponsabilidad de la víctima. Se hace preciso, pues, cuantificar mediante cuotas la causación aportada por cada sujeto. Las denominadas cuotas de aportación causal de agente y víctima son **ideales**, porque no son reales, en tanto que no miden verdaderamente la estricta causación de un daño que ha sido producido en su totalidad por dos sujetos al mismo tiempo. Hablar de cuotas de aportación causal es una ficción necesaria, porque se hace indispensable fijar (metafóricamente) [sic] cuál ha sido la contribución causal al daño de cada agente en la producción de aquél. La fijación de la cuota no se hace pensando en el daño en sí, sin más, sino en la indemnización a que debe dar lugar, de modo que la víctima no sea indemnizada plenamente por el daño que le han causado totalmente, pero que ella se ha producido en su integridad”.¹⁷⁹

Igualmente, es importante precisar que, en estricto sentido no se trata de una compensación de culpas o concurrencia de culpas, tal y como tradicionalmente ha sido denominado por un sector de la doctrina,¹⁸⁰ en tanto las culpas no se compensan. Lo que se hace es una cuantificación del perjuicio causado, en tanto el responsable sólo deberá sufragar el efectivamente causado y la víctima deberá soportar las demás consecuencias.¹⁸¹ Ahora, si quisiéramos continuar con el uso

¹⁷⁹ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., p. 218.

¹⁸⁰ Entre otros, ver LETE DEL RÍO, M., *Derecho de obligaciones*, vol. II, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1998, p. 198; CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., op. cit., p. 762; JIMÉNEZ HORWITZ, M., op. cit., pp. 113 ss. y DE CUEVILLAS MATOZZI, I., op. cit., p. 129.

¹⁸¹ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, op. cit., pp. 635 - 639, que expone los distintos criterios que explican la disminución o distribución del perjuicio derivado del aporte de la víctima: “a)

de la expresión compensación, debemos precisar que lo que se compensan no son las culpas, sino los efectos de los aportes causales de los intervinientes. En ese sentido, ALBALADEJO, citado por MEDINA ALCOZ, expone que el término compensación no es el adecuado y sugiere el de concurrencia, en tanto “no se quiere significar que se compensen o neutralicen las culpas (en cuyo caso se borrarían ambas, y habría que estimar causado el daño sin culpa, y por tanto, sin derecho alguno a reparación) [sic], sino que se distribuya el cargo de la reparación entre los culpables”.¹⁸² Se tiene entonces que, actualmente, el término más utilizado es el de concurrencia de causas.

Esta actuación de la víctima directa, sea culposa o no, se le hará extensiva a las víctimas indirectas, tal y como se anotó.

Criterio de la igualdad o división por mitades. El damnificado sólo puede pretender un resarcimiento equivalente a la mitad del daño sufrido. Es injusto porque no atiende a la mayor o menor influencia de cada culpa en el resultado dañoso; [...] b) Criterio de la gravedad de las culpas. Aunque es el más comúnmente seguido, no es apropiado porque como el anterior no sólo desatiende a la apreciación de cada culpa en la producción del daño, sino que desemboca en una distinción de culpa grave y leve que en general nuestra codificador rechazó; [...] c) Criterio de la influencia causal de cada culpa. [...] somete al damnificado a la necesidad de soportar todo el daño que él mismo se ha causado, es lógico concluir que mediando culpa de ambos, tengan ellos que compartir el peso del daño en la medida en que cada cual contribuyó a causarlo”. Precisa el autor que este último es el criterio correcto, pero, señala, “si no hay diferencia en la incidencia causal de una y otra culpa, es menester graduar la responsabilidad del demandado, atendiendo a la gravedad de cada culpa, en sí misma y por el reproche que cada uno merece. Finalmente, si no hay diferencia entre los actos de culpa, ni por su influencia causal (criterio primario y esencial) [sic], ni por su gravedad (criterio subsidiario) [sic], la discriminación debe ser paritaria, y está obligado el responsable a indemnizar el 50% del daño que contribuyó a causar”. De otro lado, MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., p. 233, explica la posición de los MAZEAUD de la siguiente forma: “consideraban que, admitida la división de la responsabilidad, no cabe fijar una proporción variable según los casos, esto es, no puede decirse, por ejemplo, que la culpa de la víctima sea la causa de una cuarta parte del perjuicio, o de un tercio o de la mitad. La regla que hay que sentar –decían– es que la víctima debe sólo y siempre la reparación de la mitad del daño padecido. En su opinión, desde el punto de vista de la causalidad, la culpa de la víctima y del demandado han desempeñado el mismo papel, pues ambas han sido, en su totalidad, causas del perjuicio”.

¹⁸² *Ibid.*, p. 256.

Ahora, debe precisarse que en algún sector existe cierto recelo frente al hecho de la víctima concurrente, y entienden que en estos eventos no existe, en estricto sentido, una causa extraña. Es decir, consideran que sólo en aquel supuesto de hecho exclusivo de la víctima, estaríamos en presencia de una causa extraña, de la misma forma que ocurre frente al hecho de un tercero.

En este punto debe aclararse que la legislación regula de diversa manera cada una de las modalidades de causa extraña, tal y como se anotó con antelación. Cuando el tercero no es la única causa del evento dañoso, tanto este como todos aquellos que hayan intervenido en la cadena causal que desató el resultado dañoso, serán solidariamente responsables frente a la víctima, lo cual permite concluir que para la configuración del hecho de un tercero como modalidad de causa extraña, se exige, efectivamente, que este sea exclusivo o la única causa del daño; por el contrario, tratándose del hecho de la víctima, se ha establecido que, cuando esta no es la única causa sino que es concurrente con otras, lo que se sigue es la reducción de la indemnización, de acuerdo al grado de participación, tal y como se acaba de indicar:¹⁸³

“el daño debe indemnizarse en la proporción en que ha sido causado por cada uno de los participantes del hecho ilícito. ¿Por qué? Porque [sic] el nexo causal, como hemos indicado más arriba, los liga estrechamente a ese hecho, el cual no puede nacer sin que tal nexo se perfeccione. Por ende, si el ofensor por un lado y el agraviado por el otro concurren a la producción del evento, en forma autónoma y sin que su propia actitud se

¹⁸³ A partir de la reducción del monto indemnizatorio, se han planteado diversas variables: **i)** dividirse en “porciones viriles” entre todos los autores; **ii)** Dividirse por mitades, evento que, por definición, solo regula los supuestos de un único responsable y una sola víctima; **iii)** repartirse según la gravedad de la culpa y; **iv)** efectuar la distribución de acuerdo al grado de participación causal. Ver COLOMBO, L. A., *op. cit.*, p. 1064. El autor, luego del recuento ofrecido, expone que de todas las opciones, la más acertada es la última, en tanto las otras podrían “favorecer con la impunidad a quien en el fondo podría ser el causante primordial del acontecimiento cuasidelictuoso, liberándolo de la obligación de resarcir que le impone la ley”.

halle subsumida en la actitud del coautor de la ilicitud, ambos deben cargar con la reparación del perjuicio ocasionado”.¹⁸⁴

Luego, no hay duda de que el ordenamiento jurídico no exige la exclusividad en el hecho de la víctima para su consideración como causa extraña, con sus consabidos efectos, razón por la cual, la discusión carece de sentido. ¿O, acaso, qué otro nombre recibirían los supuestos de participación causal de la víctima? Es claro que reciba el nombre que reciba, en el fondo se tratará de un supuesto de participación causal de la víctima en su propio daño, con la consecuencia, más que adecuada, de fijar la reparación de acuerdo a su participación, lo cual, a todas luces, no difiere en nada del hecho de la víctima como causa extraña.

Precisado esto, veamos lo que ocurre si el responsable es, al mismo tiempo, víctima indirecta.¹⁸⁵ No hay duda alguna que frente a sus propios perjuicios, la consecuencia es igual a las derivadas de la actuación de la víctima directa.¹⁸⁶ Ahora, frente a la víctima directa, la actuación de la víctima indirecta, debe entenderse como la actuación de un tercero, lo cual, según se anotó con antelación, podrá ubicarnos, con relación al responsable inicial, bien sea frente a un supuesto de solidaridad, en donde, serán responsables por el ciento por ciento de la indemnización, tanto este, como la víctima indirecta, o, en el hecho de un

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 1062.

¹⁸⁵ Frente al supuesto planteado, en NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., *op. cit.*, p. 243, se plantea lo siguiente: “En los casos de RC por hecho ajeno, la compensación de culpas también se produce entre quienes podrían responder y la víctima. Si el padre le proporciona a su hijo un producto peligroso (y defectuoso a efectos de RC) [sic], y el niño sufre daños, podría producirse una compensación de culpas entre el padre y el fabricante, sobre los daños que sufrió el niño”.

¹⁸⁶ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *op. cit.*, p. 49, en donde se expone que “así, los padres que reclaman reparación del perjuicio moral que experimentan por el hecho de la muerte de sus hijos; esa muerte puede deberse, ya sea a la exclusiva falta de vigilancia de los padres, ya sea —a la vez—, a una culpa del demandado y a una falta de vigilancia de los padres. La falta de vigilancia deberá ser tomada en cuenta entonces para absolver al demandado o para efectuar una división de responsabilidad”.

tercero, en donde el único encargado de reparar a la víctima directa será la indirecta.

En este evento se pone de presente una sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia colombiana,¹⁸⁷ en donde se ordenó la reducción del monto indemnizatorio de una víctima directa por una actuación de las víctimas indirectas. Más concretamente, en el supuesto enunciado, por la reclamación de un menor de edad, se ordena la reducción en un treinta por ciento de la condena impuesta, por el aporte causal de sus padres en el resultado final presentado.¹⁸⁸

En este punto se resalta la falta de precisión o tecnicismo en la Corporación, en tanto, al tratarse de un evento de pluralidad de responsables, con ocasión del daño sufrido por la víctima directa, la condena impuesta al demandado debió ser por el total de los perjuicios sufridos por esta, toda vez que estaban frente a un supuesto de múltiples responsables: el demandado y la víctima indirecta. Cuestión diferente es que el reclamante hubiese sido la víctima indirecta, evento en el cual, ahí sí, se debió ordenar la reducción del monto indemnizatorio, pero, se itera, por la reclamación de la víctima directa, la condena debió ser solidaria por el ciento por ciento de la reclamación, siempre que se hubiesen probado, y, ya a un nivel procesal, se hubiese podido ordenar, entre los diversos responsables, el reembolso de lo pagado, con ocasión de la condena judicial.

Ahora, si la víctima indirecta tenía bajo su cuidado o subordinación a la directa, la actuación de esta última es considerado un hecho de la víctima, lo cual, se insiste,

¹⁸⁷ Ver sentencia sc-16690 del 17 de noviembre de 2016 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, magistrado ponente: Álvaro Fernando García Restrepo, expediente: 16690.

¹⁸⁸ Para un estudio más detenido de la referida providencia, ver GAVIRIA CARDONA, A., “Disminución de la indemnización para los hijos por el aporte causal de los padres en la producción del daño y lucro cesante para menores de edad. Análisis de la sentencia sc-16690 de 2016 de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 33, julio – diciembre 2017.

implicará o reducción del monto indemnizatorio o exclusión de la responsabilidad, tanto frente a la víctima directa como frente a la reclamación de las indirectas.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Otra tesis sostiene BUSTAMANTE ALSINA, J., “Función de la culpa en la responsabilidad objetiva”, en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales: 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 1079, al exponer que “La culpa de los padres actúa excepcionalmente como factor de imputación por el hecho ajeno, para responsabilizar a aquéllos respecto de los daños causados a terceros por sus hijos menores de edad que se hayan bajo su propia potestad, tal como lo dispone el art. 1114. La responsabilidad indirecta de los padres se funda en la culpa propia de éstos, presumida por la ley, por haber violado aquéllos los deberes legales de vigilancia y cuidado de sus hijos. Es decir que la culpa de los progenitores en las condiciones que la ley determina, es relevante dentro del sistema de responsabilidad civil, para extender a ellos las consecuencias de los hechos dañosos ejecutados por sus hijos menores, o sea para atribuirles una responsabilidad indirecta, pero no para considerar aquella culpa como propia de la víctima y ser invicada por el dueño o guardián como eximente de su responsabilidad objetiva”. El artículo citado corresponde al anterior Código Civil argentino, el cual rezaba que “El padre y la madre son solidariamente responsables de los daños causados por sus hijos menores que habiten con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad de los hijos si fueran mayores de diez años. En caso de que los padres no convivan, será responsable el que ejerza la tenencia del menor, salvo que al producirse el evento dañoso el hijo estuviere al cuidado del otro progenitor. Lo establecido sobre los padres rige respecto de los tutores y curadores, por los hechos de las personas que están a su cargo.” Consultado en http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texactley340_libroII_S2_tituloIX.htm, recuperados el 4 de marzo de 2019.

El actual Código Civil argentino regula la situación en los artículos 1754 y 1755, los cuales disponen:

“Artículo 1754. Hecho de los hijos. Los padres son solidariamente responsables por los daños causados por los hijos que se encuentran bajo su responsabilidad parental y que habitan con ellos, sin perjuicio de la responsabilidad personal y concurrente que pueda caber a los hijos”.

“Artículo 1755. Cesación de la responsabilidad paterna. La responsabilidad de los padres es objetiva, y cesa si el hijo menor de edad es puesto bajo la vigilancia de otra persona, transitoria o permanentemente. No cesa en el supuesto previsto en el artículo 643. Los padres no se liberan, aunque el hijo menor de edad no conviva con ellos, si esta circunstancia deriva de una causa que les es atribuible. Los padres no responden por los daños causados por sus hijos en tareas inherentes al ejercicio de su profesión o de funciones subordinadas encomendadas por terceros. Tampoco responden por el incumplimiento de obligaciones contractuales válidamente contraídas por sus hijos”.

Ambos fueron consultados en http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf, recuperados el 4 de marzo de 2019.

Igualmente, puede ocurrir que estemos frente a un supuesto en el cual una víctima indirecta tenía a su cuidado a la directa, y el daño es causado por otra víctima indirecta que se encontraba, asimismo, bajo el cuidado de la indirecta. Piénsese, por ejemplo, en un evento en el cual uno de los hijos de la víctima indirecta, lesiona a uno de sus hermanos.

En este evento, aunque pareciera más complejo, la solución es igual a la anterior, en tanto el hecho fue causado por una persona bajo el cuidado de otra, luego, la víctima directa podrá cobrarle la reparación tanto a su progenitor como a su hermano, de forma solidaria, y si, eventualmente, el padre desea cobrarle al directamente responsable, su actuación se tendrá como hecho de la víctima, en tanto su falta de vigilancia y cuidado, aportó causalmente al resultado.

Las palabras de MEDINA ALCOZ arrojan claridad sobre lo dicho previamente:

“Respecto de la conducta negligente de los padres que actúan como concausa del daño sufrido por su hijo, algunos autores consideran que, aunque la jurisprudencia no lo haga con tanta claridad, es preciso efectuar la siguiente distinción, en función del concepto en que éstos realizan su reclamación:

- 1) Si los padres (o incluso los acogedores) [sic] reclaman los daños y perjuicios que ellos han sufrido como consecuencia del accidente padecido por su hijo (o acogido) [sic], se aplican los criterios generales de la técnica compensatoria (reducción indemnizatoria) [sic], porque comparten la doble condición de ser perjudicados y co-causantes de unos perjuicios que derivan del daño sufrido por la víctima menor.
- 2) Por el contrario, si los padres, como representantes legales del menor (ex art. 162.1 Cc) [sic], reclaman la indemnización por los

daños y perjuicios sufridos por él, ha de entenderse que, puesto que ellos han sido cocausantes del resultado dañoso, hay una pluralidad de responsables (los padres y el tercero) [sic], que conducirá a la declaración de una responsabilidad mancomunada de carácter simple (cuando sea posible la individualización de la aportación causal de cada interviniente) [sic], o solidaria (en otro caso) [sic]”.¹⁹⁰

Finalmente, pese a que el hecho de la víctima es una modalidad general de causa extraña, existen diversos supuestos, que, por sus particularidades, se pueden prestar a confusiones.

SANTOS BRIZ, desde hace más de treinta años señalaba que

“La concurrencia de responsabilidades puede derivar de que el perjudicado ha cooperado al daño en forma que le sea imputable, o de que haya omitido evitar el daño que amenaza o aminorar el ya realizado. Son, por tanto, tres los supuestos de hecho en que puede darse el concurso: a’) Cooperación directa del perjudicado en la producción del daño (caso de la llamada compensación de culpas) [sic] b’) El perjudicado omitió llamar la atención a la otra parte sobre el riesgo de un daño que amenaza. c’) El mismo no procuró por los medios exigibles a su alcance evitar o aminorar el daño”.¹⁹¹

¹⁹⁰ MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, op. cit., pp. 348 - 349. En este mismo sentido, indicó ARAYA JASMA, F., op. cit., pp. 141 - 142, que “no habría obstáculo para considerar la culpa *in vigilando* de los padres de un menor causante de su propio daño, cuando aquéllos reclaman indemnización por derecho propio. Pero cuando los padres reclaman indemnización en calidad de representantes legales de la víctima, lo que hay más bien es una pluralidad de responsables: el autor, y los padres por omitir la diligencia de cuidado del hijo, donde entraría a jugar, en nuestro sistema, la solidaridad del art. 2317 CC, o bien, un reparto de responsabilidades entre el autor y los padres”. Se precisa que la norma citada equivale al Código Civil chileno, que en Colombia, encuentra su equivalente en el artículo 2344 del Código Civil, previamente transcrito (ver notal al pie 6).

¹⁹¹ SANTOS BRIZ, J., “Artículo 1902”, op. cit., p. 145.

Ahora, pese a que el autor se refiere expresamente a lo que se ha conocido como el deber de evitar o mitigar el daño, no podemos entender que estos sean los únicos supuestos de hecho de la víctima, en tanto la mora del acreedor y la teoría de los actos propios también hacen parte del hecho de la víctima, tal y como tendremos la oportunidad de ver en los próximos capítulos. Sobre cada uno de estos tópicos nos referiremos en los siguientes apartados, haciendo, de manera anticipada, una breve alusión a este último, en tanto un sector de la doctrina considera que el hecho de la víctima debe ser considerado, siempre y cuando ocurra al “momento en que se produce el hecho generador del daño”,¹⁹² situación que desconoce que es posible que, una vez causado el daño, la víctima no adopte las medidas tendientes a evitar su propagación, evento en el cual será la víctima considerada la causante de esa propagación o mayor extensión del daño. Luego, se tiene entonces que el hecho de la víctima no debe, necesariamente, que concurrir con el hecho dañoso, sino que, igualmente, puede ser posterior a este.¹⁹³

¹⁹² PIZARRO, R. D., *op. cit.*, p. 267.

¹⁹³ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p. 430, en donde se indica que el aporte de la víctima puede ser previo, durante o con posterioridad al hecho dañoso.

3. LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS AL HECHO DE LA VÍCTIMA.

Teniendo claridad sobre el contenido, requisitos y alcance del hecho de la víctima como evento de causa extraña, pasamos ahora a analizar si el supuesto conocido como “teoría de los actos propios” es o no un evento de esta modalidad exonerativa.

En primer lugar, será necesario definirla y compararla con instituciones similares, en tanto, “la doctrina de los actos propios –una de las derivaciones necesarias e inmediatas del principio de la buen fe- a menudo se desdibuja conllevando al planteamiento de dudas e interrogantes, produciendo inseguridad jurídica, imprevisibilidad y falta de transparencia”.¹⁹⁴

Luego pasaremos a establecer el contenido y requisitos, y así, luego de tener claridad sobre esta, analizar si, finalmente, constituye o no un supuesto de hecho de la víctima.

Análisis que se justifica en tanto

“La trascendencia contemporánea de la doctrina de los actos propios luce indiscutida, y su vigencia y proyección futura pareciera “garantizada”, merced de la significación que en el Derecho ha alcanzado, de una parte, la necesidad de que la relación jurídica sea absolutamente límpida y transparente, como decíamos en la precedencia, a la par que escoltada por comportamientos probos y no sorpresivos y, por la otra, por el auténtico respeto en torno a los derechos de los demás, seriamente conculcados

¹⁹⁴ PIAGGI, A. I., “Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, I, dirigido por M. M. Córdoba, L. M. Garrido Cordobera y V. Kluger, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 111.

cuando se erosiona la confianza legítima suscitada (*ratio protectionis*) [...].”¹⁹⁵

3.1. Idea general de la teoría de los actos propios.

La teoría de los actos propios¹⁹⁶ ha sido entendida¹⁹⁷ como aquella que le da coherencia al actuar de las personas,¹⁹⁸ en tanto, busca evitar que una persona,

¹⁹⁵ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, La Ley, Madrid, 2014, p. 35. Igualmente, señala NEME VILLAREAL, M. L., ““Venire contra factum proprium”, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres maneras de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”, En *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 56, que: “De ahí que resulte imperativo señalar que la fuerza con que la regla que prohíbe el venire contra factum proprium penetra en el cauce de nuestras instituciones depende en gran medida de la activa participación de los juristas en la tarea de proponer concienzudamente su aplicación, así como de descubrir nuevos usos de la misma, pues su labor, al lado de la jurisprudencia, resulta de trascendental importancia en la construcción de un sistema jurídico acorde con las crecientes necesidades de equidad y buena fe”.

¹⁹⁶ Se precisa que hay quienes están en desacuerdo con el vocablo “teoría de los actos propios”, por entender que no es preciso, no obstante lo cual, reconocen ser el de más acogida. Ver JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, op. cit., p. 66.

¹⁹⁷ Esta figura se remonta al Derecho romano, según evidencia NEME VILLAREAL, M. L., op. cit., p. 12: “En el libro de las diversas reglas del derecho antiguo se establece claramente que “nadie puede cambiar su propio designio en perjuicio de otro”. Ello encuentra sustento en la concepción de la sociedad romana, según la cual es costumbre observar y legítimo esperar, en las relaciones entre hombre probos, el que se honre la confianza en el cumplimiento de las expectativas recíprocas, pues tanto *fides* como *bona fides* indican la fidelidad en el cumplimiento de las expectativas generadas en la contraparte, inclusive independientemente del hecho de que las mismas obedezcan a una palabra dada”. De otro lado, señalan DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., “La doctrina de los actos propios” en *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 353, que “La regla venire contra factum proprium non valet aparece históricamente como un brocardo atribuido a AZZO, quien lo fundamenta en una serie de textos romanos, que se encuentran conformes con él”.

¹⁹⁸ LÓPEZ MESA, M., “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, en *Universitas*, Bogotá, 119, julio de 2009, p. 191, quien señaló que “La doctrina de los actos propios, cuyo linaje se remonta

sin razón legítima,¹⁹⁹ modifique, de forma intempestiva, su comportamiento, pese a que, de manera previa, haya dado lugar a que las personas, basadas en el principio de confianza,²⁰⁰ creen que seguirá actuando como lo ha venido haciendo, constituyéndose,²⁰¹ así se fortalece “en las relaciones jurídicas, un comportamiento consecuente de las personas y el respeto del principio de la

al menos hasta la glosa, es una respuesta judicial a problemas concretos y acuciantes; y al ser una respuesta jurisprudencial y doctrinal y no legislativa, ella ha sido desarrollada gradualmente. Se trata de una idea simple: *nadie puede variar de comportamiento injustificadamente cuando ha generado en otros una expectativa de comportamiento futuro.*”

¹⁹⁹ La Corte Constitucional colombiana, mediante la sentencia C - 131 de 2004, magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández, con relación al principio de confianza legítima, indicó que “es una proyección de aquel [principio] de la buena fe, en la medida en que el administrado, a pesar de encontrarse ante una mera expectativa, confía en que una determinada regulación se mantendrá”. De otro lado, en la Sentencia T-295 de 1999, la misma entidad, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero, indicó que “La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo *“Venire contra pactum proprium nellí conceditur”* y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.”

²⁰⁰ “Cuando súbitamente aflora un comportamiento inesperado, que troca y eclipsa por completo lo efectuado en precedencia, irrumpe la incoherencia y con ella la quiebra de la confianza legítima preexistente al nuevo acto que ensombrece la relación jurídica y que contamina, en tal virtud, su atmósfera, con graves o perturbadoras secuelas para el que confió, gracias a la existencia de conductas previas que hacían esperar un resultado muy diferente, en condiciones de regularidad y razonabilidad. Por ello es por lo que el acto incoherente, voluble, contradictorio, inconsonante, incongruente e inarmónico, entre otras calificaciones más, no puede contar con el *exequátur* del ordenamiento jurídico, en particular del juez, como su garante supremo, con las puntuales excepciones existentes, claro está, como quiera que de cara a específicos supuestos *ex lege* no siempre es censurado el cambio conductual, conforme se observará”. JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, op. cit., pp. 43 - 44.

²⁰¹ LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *La doctrina de los actos propios: doctrina y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2005, p. 89, en donde se dijo que “La regla *venire contra factum proprium nulla conceditur* (o doctrina de los actos propios) [sic], se basa en la inadmisibilidad de que un litigante fundamente su postura invocando hechos que contraríen sus propias afirmaciones o asuma una actitud que lo coloque en oposición con su conducta anterior”. Coloquialmente podría afirmarse que “no está permitido quitar con una mano lo que voluntariamente se dio con la otra” DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., op. cit., p. 360.

buena fe”.²⁰² Luego, “ir contra los actos propios supone, normalmente, pretender destruir el efecto jurídico que el sujeto ha creado con relación a terceros”.²⁰³

Es decir, lo primero que debe dejarse claro es que “la teoría de los actos propios constituye una regla derivada del principio general de la buena fe”,²⁰⁴ en tanto esta

²⁰² BERNAL FANDIÑO, M., “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, en *Universitas*, Bogotá, 120, enero de 2010, p. 258. De otro lado, expone TUR FAÚNDEZ, M. N., *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Aranzadi - Thomson Reuters, Navarra, 2011, p. 25, que: “las posturas sobre la naturaleza jurídica de la doctrina que prohíbe ir contra los propios actos coinciden en apreciar que se trata de un principio general del Derecho, pero hay dos posiciones diferenciadas: - En un verdadero principio general del Derecho, en el que tiene especial importancia la buena fe, hasta el punto de que la vulneración de la misma constituye uno de sus elementos esenciales (PUIG BRUTAU y un sector de la jurisprudencia) [sic]. - Estamos ante una manifestación del principio general de la buena fe, es decir, ante una especie de subespecie del mismo (DIEZ PICAZO y otro sector de la jurisprudencia) [sic]”. En este texto, tal y como se indicó, se opta por la segunda de las corrientes. En igual sentido, BULLARD GONZÁLEZ, A., “Los fantasmas sí existen: La doctrina de los actos propios”, en *IUS ET VERITAS*, Lima, 40, Abril de 2010, p. 54, señala que la doctrina de los actos propios es “una regla que se deriva de un principio general: el principio de buena fe”.

De otro lado, JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, op. cit., pp. 104 - 105, indicó que “el respetado profesor Eugenio Llamas Pombo, elocuentemente manifiesta que “... la buena fe constituye un canon de lealtad, rectitud, honestidad o corrección, una pauta de conducta que debe presidir el comportamiento de los contratantes, en el marco de la celebración, interpretación y ejecución de los contratos, y que viene integrado por todo un conjunto de reglas no escritas pero conocidas (y, en general, observadas) [sic] por todos, lo que genera una confianza de que el otro contratante actuará con la misma honestidad y lealtad.””.

Igualmente, señala LAMARCA MARQUÉS, A., op. cit., pp. 37 - 38, que “el acreedor, como cualquier titular de una posición jurídica subjetiva, está vinculado por sus propios actos, no puede llevar a cabo un comportamiento contradictorio respecto del que ha observado precedentemente, su actuación presente le vincula en su comportamiento futuro, en un sentido de coherencia, por la confianza generada por el tráfico jurídico. En efecto, no pueden considerarse admisibles, esto es, jurídicamente eficaces, comportamientos que son incompatibles entre sí. Este principio, que se identifica con el conocido brocardo venire contra factum proprium, se vincula con la doctrina al deber de comportarse según las exigencias de la buena fe y opera, por tanto, como un límite a la posición acreedora, contemplada como posición activa o de poder”.

²⁰³ TUR FAÚNDEZ, M. N., op. cit., p. 16.

²⁰⁴ BORDA, A., *La teoría de los actos propios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 57. Igualmente, TUR FAÚNDEZ, M. N., op. cit., p. 23, expone que “uno de los principios generales del Derecho más frecuentemente invocados en la práctica forense es precisamente el que está contenido en la regla venire

impone el deber de actuar “con rectitud y honradez en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídicos. Por ello es inadmisibles la conducta contradictoria”,²⁰⁵ en tanto debe prevalecer la coherencia en el actuar,²⁰⁶ “[a]sí pues, por lo general, nadie puede retractarse de aquello que uno mismo ha hecho lícitamente”.²⁰⁷

contra factum proprium non valet, es decir, que a nadie le está permitido ir contra sus propios actos. Casi todos los principios generales del Derecho ya están representados por normas que suponen su aplicación con referencia a determinadas circunstancias. Pero en relación con este principio ocurre algo muy especial, pues resulta difícil señalar en los códigos normas que permitan aplicarlo a casos concretos. Existen preceptos en cuya *ratio* opera la referida regla general, pero se encuentran dispersos y, en ocasiones, influenciados por otros principios generales que hacen que sea más complejo determinar el contenido del principio que es objeto de nuestro estudio”.

²⁰⁵ BORDA, A., *op. cit.*, pp. 63 - 64.

²⁰⁶ BERNAL FANDIÑO, M., “El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, núm. 13, 2008, p. 304, en donde se dijo, además, que “el deber de coherencia adicionalmente es un reflejo de la importancia del equilibrio de los contratos. En efecto, la falta de coherencia puede afectar sustancialmente la simetría en los negocios”.

²⁰⁷ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas Thomson – Reuters, Madrid, 2014, p. 120. Igualmente, cita el autor algunos ejemplos de la irrectractibilidad: es imposible que el “cónyuge inocente, que ha perdonado el adulterio de su consorte, lo persiga después; la imposibilidad de modificar la elección ya realizada en el legado de género; la imposibilidad de que un árbitro corrija su sentencia, después de dictada; la de que un comodante exija intempestivamente el uso de la cosa; y, en general, la observancia de los pactos”. Con relación al comodato, debe ponerse de presente que, bajo la modalidad del comodato precario, regulado en el artículo 2219 del Código Civil colombiano, el comodante puede solicitar, en cualquier tiempo, la restitución de la cosa prestada. Reza el artículo citado que “El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo”. En Colombia, el artículo 154 del Código Civil, al regular las causales de divorcio, en su numeral primer consagra la infidelidad. Allí no realiza la excepción que consagra la legislación española, en razón de la declaratoria de inexquibilidad que efectuó la Corte Constitucional mediante la providencia C – 660 de 2000, Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis. Pese a ello, en razón del tenor literal contenido del artículo 156 del mismo estatuto, pareciera que el cónyuge inocente sólo cuenta con un año para demandar el divorcio en razón de la infidelidad, contados a partir del momento en el cual tuvo conocimiento. Pese a ello, la Corte Constitucional, en Sentencia C – 985 de 2010, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, indicó que el término de caducidad sólo aplica a la posibilidad de solicitar la sanción ligadas a la figura del divorcio, pero no aplica con relación a la facultad de solicitar el divorcio.

Se tiene entonces que

“El derecho busca proteger la buena fe de las personas y pretende impedir que ella sea vulnerada. Como consecuencia de ello es necesario proteger la creencia y confianza que se despierta en un sujeto por el comportamiento de otro, confianza y creencia éstas que nacen de la exigencia de mantener un comportamiento coherente; esto es, mantener una conducta honesta, recta, honrada y proba. En otras palabras, la protección de la buena fe puede conducir a sancionar el comportamiento incoherente; es decir, la regla del *adversus factum proprium* deriva del principio general de la buena fe”.²⁰⁸

Se aclara, asimismo, que la teoría de los actos propios tiene aplicación bien sea como pretensión o como excepción de mérito,²⁰⁹ así como en plano contractual y

Rezan las normas citadas:

“ARTICULO 154. <CAUSALES DE DIVORCIO>. Son causales de divorcio: 1. Las relaciones sexuales extramatrimoniales de uno de los cónyuges. 2. El grave e injustificado incumplimiento por parte de alguno de los cónyuges de los deberes que la ley les impone como tales y como padres. 3. Los ultrajes, el trato cruel y los maltratamientos de obra. 4. La embriaguez habitual de uno de los cónyuges. 5. El uso habitual de sustancias alucinógenas o estupefacientes, salvo prescripción médica. 6. Toda enfermedad o anomalía grave e incurable, física o síquica, de uno de los cónyuges, que ponga en peligro la salud mental o física del otro cónyuge e imposibilite la comunidad matrimonial. 7. Toda conducta de uno de los cónyuges tendientes a corromper o pervertir al otro, a un descendiente, o a personas que estén a su cuidado y convivan bajo el mismo techo. 8. La separación de cuerpos, judicial o de hecho, que haya perdurado por más de dos años. 9. El consentimiento de ambos cónyuges manifestado ante juez competente y reconocido por éste mediante sentencia”.

“ARTICULO 156. <LEGITIMACION Y OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA>. El divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan y dentro del término de un año, contado desde cuando tuvo conocimiento de ellos respecto de las causales 1a. y 7a. o desde cuando se sucedieron, respecto a las causales 2a., 3a., 4a. y 5a.”

²⁰⁸ BORDA, A., *op. cit.*, p. 106.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 132, en donde se indicó que “la teoría de los actos propios es invocable como defensa y también para fundar en ella la existencia de un derecho”. En ese mismo sentido, ver LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE,

C., *op. cit.*, p. 149, y DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, pp. 234 - 235, quien expuso que “la doctrina de los propios actos tiene un funcionamiento procesal que no encaja en los estrechos límites de una excepción. [...] La doctrina de los propios actos, con una gran amplitud procesal para su desenvolvimiento, escapa por completo de la mecánica rigurosa de las excepciones aunque en ocasiones –y esto será lo normal- constituya el fundamento de una de ellas”. En sentido contrario TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 27, indica que “la doctrina de los actos propios más que permitir invocar la protección legal que corresponda, lo que permite es oponerse (excepcionar en un proceso) [sic] en el caso de quien actuó contra sus propios actos ejercite algún tipo de pretensión” y BULLARD GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, p. 62: “La doctrina te permite defenderte de una acción, pero no te permite usarla como sustento para iniciar una acción”.

Se precisa que, al tratarse como excepción, es posible para el juez de conocimiento declararla de manera oficiosa, en tanto no es de aquellas excepciones de mérito denominadas como propias, las cuales deben ser propuestas por la parte demandada, para poder ser estudiadas por el juez. En Colombia, el artículo 282 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) consagra como propias las excepciones de prescripción, nulidad relativa y compensación, lo cual significa que cualquier otro hecho que pretenda modificar o enervar la pretensión puede ser declarada por el juez de oficio. Expresamente reza el artículo en cita que “En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada. Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, debe abstenerse de examinar las restantes. En este caso si el superior considera infundada aquella excepción resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia. Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario se limitará a declarar si es o no fundada la excepción.”

El Código de Procedimiento Civil, anterior legislación procesal, también consagraba como propias las ya referidas situaciones. Rezaba el artículo 306 que “Cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción, deberá reconocerla oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda. Si el juez encuentra probada una excepción que conduzca a rechazar todas las pretensiones de la demanda, podrá abstenerse de examinar las restantes. En este caso, si el superior considera infundada aquella excepción, resolverá sobre las otras, aunque quien la alegó no haya apelado de la sentencia. Cuando se proponga la excepción de nulidad o la de simulación del acto o contrato del cual se pretende derivar la relación debatida en el proceso, el juez se pronunciará expresamente en la sentencia sobre tales figuras, siempre que en el proceso sean parte quienes lo fueron en dicho acto o contrato; en caso contrario, se limitará a declarar si es o no fundada la excepción”. En este mismo sentido, PIAGGI, A. I., *op. cit.*, p. 116, señala que “El “venire...” [sic] como principio general y autónomo del derecho debe ser utilizado por el magistrado a través del principio “*iura curit novit*” aún de oficio, cuando en la causa se solicitó el rechazo de la acción por cualquier motivo” y ALTERINI, A. A., y LÓPEZ CABANA, R. M., *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 13.

extracontractual,²¹⁰ dentro y fuera del proceso jurisdiccional,²¹¹ aunque, se aclara, “una cosa es que se requiera un proceso para invocar la violación de la obligación de coherencia, generalmente como defensa, sometiendo la decisión de la cuestión a un tercero imparcial, opinión que compartimos; y otra, muy distinta, es que sólo pueda invocarse la violación de la regla respecto de conductas o actos procesales y no extrajudiciales”.²¹²

Es decir,

“[h]ay, pues, dos maneras de venir contra los propios actos: una, entablar una demanda que contradiga la conducta anterior del demandante; otra, formular frente a la demanda una oposición que contradiga la conducta anterior del oponente. Sólo bajo este prisma nuestra jurisprudencia

²¹⁰ WEINGARTEN, C., *Derechos en expectativa del consumidor. Aplicación de la doctrina de los propios actos*, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 3, quien sostuvo que “La doctrina de los propios actos es, entonces, un hecho socioeconómico y jurídico que constituye un centro de atribución de responsabilidad, en todos los planos (extracontractual, precontractual, contractual y poscontractual) [sic]. Su quebrantamiento es suficiente para que nazca una obligación de reparar: se abre así un acceso más a la reparación del daño (como factor objetivo) [sic]”. En sentido contrario, ver JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, op. cit., p. 328, señaló que la teoría de los actos propios tiene cabida solo en asuntos de naturaleza contractual.

²¹¹ Así lo indican ALTERINI, A. A., y LÓPEZ CABANA, R. M., op. cit., p. 14: “Pensamos que la invocación de la regla *venire contra factum proprium* puede ser hecha en la respuesta a un requerimiento formulado fuera de juicio, sin que ello –claro está– obste a la ulterior declaración de un tribunal sobre su eficacia en caso de discordancia entre las partes”.

²¹² LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., op. cit., p. 125. En igual sentido se expresa TUR FAÚNDEZ, M. N., op. cit., p. 40: “La pretensión es aquel acto de ejercicio de un derecho o de una facultad dirigido a obtener de otro un determinado comportamiento o a imponerle un cierto resultado. Pero esta pretensión habrá de ser contradictoria: la pretensión deberá ser formulada en una situación litigiosa, en contradicción con el sentido objetivo de la conducta anterior del sujeto. La referencia a “situación litigiosa” no implica necesariamente que se produzca en el seno de un proceso, sino que la expresión ha de entenderse en el sentido de que exista un conflicto de intereses. Existirá dicho conflicto cuando sobre un objeto idéntico varias personas ocupan posiciones y mantienen posturas incompatibles. Las posiciones discrepantes de los diferentes sujetos deberán, además, entrar en colisión”.

comienza a cobrar sentido. El acto que se estigmatiza aquí no es la infracción de un deber, el incumplimiento o la contravención de una obligación, el desconocimiento de un derecho o la violación de una relación jurídica. Para situar debidamente el alcance de la idea de la inadmisibilidad de “*venire contra factum proprium*”, y comprender su juego y su mecánica, hay que salir del terreno de los conceptos del Derecho sustancial y situarse en la perspectiva realista de un proceso. En el proceso las partes no infringen, contravienen o violan, sino que pretenden, postulan, tratan de conseguir algo. No realizan actos con efecto sustantivo inmediato, sino que asumen actitud o posturas ante el juez. Por eso, cuando a un litigante se le dice que no puede “ir contra sus propios actos”, lo que se le dice es que no puede sostener, en el proceso, una afirmación distinta de la que en el mundo sostuvo con su conducta, porque, y esto es también muy importante, esta conducta anterior de la persona, que impide la contradicción, no se toma en su alcance jurídico sustantivo como acto creador de derechos o de obligaciones, sino en lo que ha tenido de afirmación, de un definirse de la persona respecto a la situación jurídica”.²¹³

Finalmente, con relación a su naturaleza jurídica, se tiene que “el brocardo “*venire contra pactum proprium*” no impone la obligación de no hacer, sino el deber de no poder hacer, es eso lo que significa que no se puede ir contra los actos propios”.²¹⁴

²¹³ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., pp. 172 - 173.

²¹⁴ Sentencia T - 366 de 2002 de la Corte Constitucional colombiana, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. En ese mismo sentido, expone DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., pp. 249 - 250, que, “un imperativo de no hacer puede tener dos sentidos en cierto modo diversos: 1º Puede indicar un deber jurídico, esto es, un comportamiento exigido por el ordenamiento jurídico como necesario para el orden jurídico. La prohibición contiene entonces un deber de comportamiento de signo negativo, o sea un deber de no actuar de un

3.1.1. Figuras afines

En el ordenamiento jurídico existen diversas figuras que guardan semejanza con la doctrina de los actos propios, entre las más significativas, encontramos el *estoppel*, el *verwirkung* y el abuso del derecho.²¹⁵

- a. *Estoppel*: Esta tiene una aplicación más restringida, en tanto está limitada al proceso judicial.²¹⁶ “En un sentido técnico, con el nombre de “estoppel” se

determinado modo. La forma típica del deber negativo la constituye la “obligación de no hacer”. 2º Una prohibición, es decir, un mandato formulado de una manera negativa, puede indicar también un límite impuesto a un derecho subjetivo. Nos encontramos entonces con un comportamiento, lícito y permitido, que se deja al arbitrio de la persona, siempre que se mantenga dentro de unos determinados límites. A diferencia del deber de tipo negativo –“deber de no hacer”- el límite del derecho subjetivo entraña un “no poder hacer”, aclarando que, con antelación, indicó el autor que “[l]o que la norma preconiza como jurídicamente correcto es una conducta omisiva, un no hacer, una abstención –no ir contra los actos propios- y que, por el contrario, la conducta positiva –ir contra los actos propios- es estigmatizada como antijurídica y merecedora de sanción. A esto cabría contestar que la formulación de un deber negativo equivale a la formulación del deber positivo de la conducta contraria: una prohibición de comer, por ejemplo, equivale a un deber de ayunar. La prohibición de la conducta contradictoria equivale al deber de la conducta coherente. Pero, aunque esto pueda ser así –no es éste el momento de discutirlo-, no cabe duda de que, haciendo supuesto de la conducta contradictoria, la norma contiene un mando de tipo negativo. De esta reflexión somera y, si se quiere, sencilla, la doctrina suele extraer la conclusión de que nos encontramos situados frente a una prohibición: la prohibición de ir contra los propios actos”. Más adelante, expone el mismo autor (p. 252), que “[n]o hay en este caso un deber jurídico de tipo negativo; lo único que ocurre es que se ejercita un derecho de una manera que el ordenamiento jurídico no puede tolerar”.

Igualmente, LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *op. cit.*, p. 90, sostienen que la naturaleza de la teoría en mención constituye un límite a los derechos de la persona. Expresamente indicaron que, “la llamada doctrina de los actos propios, que en realidad, constituye una inadmisibilidad o veda de ir contra los propios actos, constituye técnicamente un límite del ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad reconocida al sujeto que luego pretende variar de comportamiento”.

²¹⁵ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, pp. 213 - 245, quien sostiene que la teoría de los actos propios guarda relación, además, con la renuncia, las declaraciones tácitas de voluntad, los efectos vinculantes de los actos o contratos, la excepción de dolo, entre otros. Pese a ello, sólo nos pronunciaremos a los previamente enunciadados, en tanto son los que presentan mayor similitud.

conoce aquella doctrina según la cual, dentro de un proceso, una persona está impedida para hacer una alegación –aunque sea cierta- que esté en contradicción con el sentido objetivo de su anterior declaración o de su anterior conducta”,²¹⁷ por ejemplo, “[n]o se puede, en el curso de un proceso, alegar y probar la falsedad de algo que la misma parte, con anterioridad, ha presentado, con sus palabras o su conducta, como verdadero”,²¹⁸ en tanto se busca proteger la apariencia jurídica.²¹⁹

²¹⁶ BERNAL FANDIÑO, M., “El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium”, *op. cit.*, p. 298, quien sostuvo que “la eficacia del estoppel es de naturaleza procesal, es decir que entra en juego dentro de un proceso y nunca fuera de él. Su efecto es exclusivamente de esa naturaleza y, por lo tanto, no crea ni modifica, ni extingue una situación jurídica”. En este mismo sentido, ver DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 131, que expuso que “Ésta es una de las características más importantes de la teoría del “estoppel”, que es en rigor un capítulo dentro de la teoría general de prueba y, por lo tanto, de la técnica procesal. Conviene insistir sobre ello: la eficacia del “estoppel” es, en principio, puramente procesal [...] El “estoppel” es, según ello, una de las reglas de un “fair play” procesal y entra en juego dentro de un proceso y nunca fuera de él. Forma parte de las “rules of evidence” y éstas pertenecen netamente al Derecho procesal”. De otro lado, indica TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 18, que “PUIG BRUTAU ha sostenido que la doctrina de los actos propios coincide con la doctrina anglosajona del estoppel”.

²¹⁷ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 126.

²¹⁸ BERNAL FANDIÑO, M., “El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium”, *op. cit.*, p. 298. Igualmente, JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, *op. cit.*, pp. 456 - 463, PUIG BRUTAU, J., *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, *op. cit.*, pp. 103 - 111 y DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, pp. 128 - 146, quienes realizan una detallada explicación de las diversas modalidades de estoppel.

²¹⁹ *Ibid.*, p. 129. En igual sentido, ver TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 18: “La institución jurídica del estoppel es una creación de la jurisprudencia, y está relacionada con el principio de protección a la apariencia jurídica”.

Además, se dice que este, más que una pretensión, es un medio exceptivo.²²⁰

De otro lado, al igual que ocurre con las demás figuras que más adelante desarrollaremos, existen corrientes que consideran al *estoppel* como equivalente a la prohibición de ir contra los actos propios.²²¹ Tal es el caso de PUIG BRUTAU, que sostiene: “no hace falta mucho esfuerzo para demostrar o hacer ver que esta descripción de la doctrina del *estoppel*, que se trata de presentar como exclusiva del Derecho anglosajón, coincide con nuestro concepto de la doctrina de los actos propios. La extraña incomunicación de ideas jurídicas que existe entre el mundo anglosajón y el continental ha impedido la fácil observación de que la regla *venire contra factum proprium non valet* puede ser alegada indistintamente como fundamento de nuestra doctrina de los actos propios y del *estoppel*”.²²²

- b. *Verwirkung*: Al castellano podría traducirse como retraso desleal. Esta consiste en la espera de un individuo para el ejercicio de su derecho,

²²⁰ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, op. cit., p. 465 y Díez-Pícazo Ponce de León, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 132, quien expuso que “En la literatura jurídica inglesa se encuentra reiteradamente señalado que un “*estoppel*” no es nunca causa de una acción (“cause of action”) [sic], sino un arma estrictamente defensiva (“a strictly defensive weapon”) [sic] y algún autor gráficamente enseña que no es una espada, sino un escudo”. Sostiene el mismo autor que, al ser un medio defensivo, debe ser alegado por la parte a quien favorece (el demandado) y no es posible su reconocimiento oficioso (p. 133). En Colombia, las excepciones de mérito pueden ser reconocidas, incluso, sin alegación de parte, salvo que se trate de la prescripción, nulidad relativa y compensación, tal y como se indicó en la nota al pie 209.

²²¹ LE TOURNEAU, P., *La responsabilidad civil profesional*, op. cit., p. 212, quien indicó que el *estoppel* se encuentra fundamentado en la coherencia, lo cual lo asemeja, indiscutiblemente, con la teoría de los actos propios.

²²² PUIG BRUTAU, J., *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, op. cit., p. 105.

espera que genera la confianza en otro sujeto, de que ese derecho ya no será ejercido.²²³

“La *verwirkung* ha sido definida como la paralización del ejercicio de un derecho con el fin de ampliar y rectificar los formalistas y esquemáticos plazos de prescripción por medio de un idóneo instituto jurídico de propia creación que pueda adaptarse a la situación concreta de cada caso. Esto significa sancionar la deslealtad – medida objetivamente- del titular de un derecho que, habiendo asumido una primera actitud pasiva, intenta sorprender con posterioridad a su adversario (aunque no haya tenido con anterioridad en mira esta última actitud de sorpresa, ni la haya querido) [sic]. Porque lo importante es que la persona que ha receptado los actos haya podido contar con que el derecho no sería ejercitado sobre bases objetivas y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Se entiende que el ejercicio del derecho “paralizado”, que se funda en que los plazos de prescripción no han transcurrido íntegramente, importa un abuso del derecho. Por tanto, ese derecho ejercido resulta inadmisibile en base a que ha sido realizado con un retraso objetivamente desleal, a pesar de que dicho derecho todavía existe según las normas legales. Echar mano de esa norma legal importa

²²³ BERNAL FANDIÑO, M., “El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium”, *op. cit.*, p. 296. Igualmente, expone la autora que tres son los requisitos para su configuración: transcurso significativo de un periodo de tiempo en el cual no se ejerza un derecho, que durante ese tiempo el titular haya tenido la facultad o posibilidad de ejercerlo, y que esa inactividad haya generado la confianza en el otro sujeto de que dicho derecho ya no será ejercido.

atentar contra la buena fe y lesionar la confianza en el tráfico jurídico”.²²⁴

Nótese que esta figura requiere de una aclaración adicional, toda vez que presenta confusión con la prescripción,²²⁵ en tanto el titular de un derecho tiene un tiempo, previamente definido en la norma, para hacer uso de este, vencido el cual, se entiende su “desinterés” sobre el mismo, lo que conlleva a su pérdida, y, a su vez, permite que otra persona lo adquiera. En este sentido, se ha dicho que “para que pueda aplicarse la figura de la *verwirkung* debe confluir el retraso en el ejercicio del derecho, la conducta contradictoria y la infracción a la buena fe, traducida en que el adversario pueda esperar fundadamente que no se hará valer el derecho”,²²⁶ por un tiempo que, por obvias razones, debe ser inferior el término de prescripción legal.²²⁷

La distinción no parece ser suficientemente clara y, por el contrario, puede dar lugar a equívocos, en tanto se trata de una sanción para el titular del derecho, la cual consiste en su pérdida. Recuérdese que las sanciones no

²²⁴ BORDA, A., *op. cit.*, p. 47.

²²⁵ En este sentido, TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 20, precisa que “La *verwirkung* nace con el objeto de rectificar los formalistas plazos de prescripción por medio de un instituto jurídico que pueda adaptarse mejor a la situación concreta de cada caso. Esta figura opera con eficacia negativa: deniega la existencia de un derecho, al impedir que se realice a pesar de que todavía subsiste según las reglas formales”.

²²⁶ BORDA, A., *op. cit.*, p. 47.

²²⁷ TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 79: “Toda la jurisprudencia coincide en que para apreciar el retraso desleal es necesario que transcurra un periodo de tiempo sin que se ejercite un derecho. Pero ¿cuánto tiempo? Evidentemente, ese periodo ha de ser inferior al plazo de prescripción del derecho, pues, en caso contrario, la figura objeto de estudio carecería de interés alguno”.

admiten interpretación ni extensiva ni analógica,²²⁸ razón por la cual “entendemos que el silencio o el inejercicio de un derecho por un período de tiempo sólo provoca la pérdida de ese derecho cuando ha transcurrido el plazo de prescripción extintivo (tomado como reverso de la prescripción adquisitiva) [sic]”,²²⁹ toda vez que, sólo cuando transcurre el término de prescripción, le es dado pensar a los demás que el derecho ya no será ejercido por su titular. Pese a esto, se ha dicho que, para diferenciar la *verwirkung* de la prescripción,

“[l]o importante, en realidad, es que medie una actuación (ora comisiva, ora omisiva) [sic] de parte de dicho acreedor, en virtud de la cual pueda razonablemente el deudor confiar en que el derecho no se ejercitará, con total independencia del fenómeno prescriptivo, así se requiera que transcurra un plazo razonable, determinado por el juez, y no por el legislador, más allá de los comentarios realizados alrededor del subjetivismo que esta vía entraña”.²³⁰

²²⁸ Ver artículo 31 del Código Civil colombiano, el cual prescribe que “Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación. La extensión que deba darse a toda ley se determinará por su genuino sentido, y según las reglas de interpretación precedentes”.

²²⁹ BORDA, A., *op. cit.*, p. 98, para lo cual se fundamenta en las siguientes razones: se generaría inseguridad jurídica, en tanto cualquier tiempo sería suficiente para perder los derechos; la falta de explotación de la propiedad no da lugar a su pérdida ni reivindica la función social de la misma; no es posible que el juez asuma el rol de legislador, al fijar el plazo en el cual se entiende como desleal el ejercicio de un derecho.

²³⁰ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, *op. cit.*, p. 506. Igualmente, DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 157, expuso que, “En líneas muy generales[,] la función de la prescripción y la función de la “*Verwirkung*”, son muy semejantes. En ambos casos se trata de impedir que sean ejercitados –casi diríamos resucitados– derechos muy antiguos, abandonados por su titular durante mucho tiempo. Un ejercicio tardío del derecho aparece siempre como socialmente inconveniente. Es este inconveniente el que la prescripción viene a obviar. Pero los plazos de prescripción, heredados del Derecho tradicional no se ajustan a las necesidades de nuestro tiempo. Son excesivamente largos. Se encuentran, como dice BOEHMER [sic], “sociológicamente

Se aclara, asimismo, que, por algún sector de la doctrina, la *verwirkung* ha sido entendida como una modalidad de teoría de los actos propios.²³¹

- c. Abuso del derecho: Una cosa es actuar sin derecho y otra, muy distinta, actuar bajo el amparo de un derecho, aunque abusando del mismo.²³²

superados". Es precisamente este inconveniente el que trata de obviar la "Verwirkung". Hay casos en que el ejercicio retrasado de un derecho aún no prescrito puede considerarse contrario a la buena fe por permitir el retraso, según una interpretación objetiva de las circunstancias, la conclusión de que el derecho no sería ya ejercitado. De este simple enunciado se desprenden con toda claridad las diferencias entre prescripción y "Verwirkung". En ambas es necesaria la omisión del ejercicio de un derecho unida al transcurso de un lapso de tiempo. En la prescripción basta con esto para que el efecto extintivo se produzca. En la "Verwirkung" es necesario algo más: que, según las circunstancias, la conducta omisiva haga inadmisibles y abusivos el ejercicio del derecho. De aquí se sigue otra diferencia igualmente importante. El transcurso del tiempo está en la prescripción absolutamente determinado (plazo de prescripción) [sic], mientras que en la "Verwirkung" el lapso de tiempo es indeterminado y debe ser medido por el juez, según las circunstancias del caso concreto".

²³¹ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, op. cit., p. 482, en donde se dijo que "la *verwirkung*, en consonancia con lo manifestado en el párrafo que antecede, se configura como una modalidad o mejor aún una manifestación especial de la *regla venire contra factum proprium*, a su turno conectada con la buena fe, la que se traduce en su manantial y en su soporte funcional, por lo menos desde esta perspectiva. Ello explica que buena parte de la doctrina e incluso de la jurisprudencia, haga descansar a la *verwirkung*, en la buena fe, y particularmente en el *venire contra factum proprium*, sin perjuicio de la relación establecida con el abuso del derecho". Igualmente, DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., pp. 158 - 159, expuso que "En la doctrina alemana prepondera la idea de que la "Verwirkung" constituye el principal caso de aplicación de la regla de inadmisibilidad de la conducta contradictoria. El titular que trata ahora de ejercitar su derecho se coloca en una intolerable contradicción con el sentido objetivo de su anterior conducta omisiva. Viene contra sus propios actos". Igualmente, NEME VILLAREAL, M. L., op. cit., p. 34, señala que "De ahí que, en la doctrina y jurisprudencia, se haya aceptado como una aplicación del *venire contra factum proprium* la *Verwirkung*, en virtud de la cual, cuando como resultado del considerable retardo en el ejercicio de un derecho de la contraparte surja una confianza justificada en que el titular no hará uso de tal derecho, tiene lugar la extinción del mismo, aun cuando los términos de prescripción se encuentren todavía corriendo".

En sentido contrario, ver TUR FAÚNDEZ, M. N., op. cit., pp. 91 - 93, quien al final concluyó que "En definitiva, en pocas ocasiones podrá aplicarse la doctrina del retraso desleal como una modalidad de la doctrina de los actos propios".

Ahora, para que se genere la responsabilidad por abuso del derecho, se requiere que el actor actúe con la intención de perjudicar a otro, es decir, la responsabilidad civil por abuso del derecho solo se genera por actuaciones dolosas,²³³ situación que se infiere de la falta de utilidad en el ejercicio del derecho.²³⁴

²³² DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Artículo 1902”, *op. cit.*, p. 368, quien indica que “la doctrina del ejercicio del derecho subjetivo se ha visto matizada por la *teoría del abuso del derecho*, que, en palabras de uno de sus más calificados defensores, viene a decirnos que los derechos pueden ser utilizados, no en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar; que no pueden ser ejercitados sin más, sino para un fin legítimo y por razón de un motivo también legítimo; que en ningún caso pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo; que no pueden servir para realizar la injusticia, ni ser apartados de su vía regular”.

²³³ TAMAYO JARAMILLO, J., *Tratado de Responsabilidad Civil*, I, Legis, Bogotá, 2007, p. 597, quien sostuvo que: “El abuso sólo es posible cuando su titular, conocedor de sus facultades, las utiliza con el fin de perjudicar a un tercero. Ahora, generalmente el dolo se advierte cuando hay una falta de interés serio por parte del agente y éste es consciente de la falta de dicho interés. De hecho, un hombre normal no va a ejercer sus derechos mientras no pretenda alguna utilidad o beneficio serio con ese ejercicio. La falta de interés serio es lo que generalmente permite desenmascarar la intención dañina del titular del derecho”.

²³⁴ GARCÉS VÁSQUEZ, P., *Teoría de las obligaciones*, Ediciones UNAULA, Medellín, 2019, p. 75, en donde se dijo que existen diversas concepciones para la definición del abuso del derecho: “**Concepción subjetivista.** Ésta esgrime que el requisito sustancial del abuso del derecho como fuente de obligación indemnizatoria es la intención de perjudicar (criterio de intencionalidad) [sic] o dolo civil. **Concepción objetivista.** Ésta aduce un criterio de orden técnico, como es la culpa en el ejercicio del derecho, pues sobre este debe ejercerse prudentemente; o un criterio de carácter económico –falta o ausencia de interés legítimo–; o un criterio de orden finalista o funcional –desviación de la función social del derecho–, excluyendo en todo caso la necesidad de la intención dañosa. En la actualidad se privilegia la concepción objetivista del abuso del derecho, toda vez que ante la complejidad de probar algo tan subjetivo como es la intención de daño, se ha de reparar exclusivamente la falta de utilidad del ejercicio del acto para su autor, deduciéndose de esa inutilidad la existencia del *animus nocendi*. Asimismo, a falta de la inutilidad, el acto va acompañado de otra intención, la de obtener una ventaja o rédito, que no hace al acto menos reprochable”. Igualmente, DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 253, expuso que “para unos autores, el criterio definidor del abuso se encuentra en la “intención de perjudicar”, de tal manera que los derechos, como poderes concedidos al individuo, dejan de ser respetables cuando su titular los usa con propósito de causar un daño, mientras que otros autores, configurando los derechos como funciones que la sociedad confía al individuo, señalan la

“Se ha sostenido que existen dos clases de abusos del derecho: uno subjetivo, que sanciona a aquel que sin motivo legítimo ejercita su derecho con la intención de perjudicar a un tercero; y otro objetivo, que consiste en el ejercicio de un derecho en contradicción con la conducta pretérita. Esto último es la aplicación de la teoría de los actos propios.

Nosotros pensamos que el abuso del derecho es diferente de la teoría de los actos propios. Esta no deriva de aquél, sino que ambos derivan del principio general de la buena fe. Repetimos: el abuso del derecho es el ejercicio de una prerrogativa que si bien es lícita excede los límites impuestos por la buena fe. La teoría de los actos propios considera inadmisibles el ejercicio de un derecho subjetivo o de una conducta contradictoria con el sentido objetivo (y de buena fe) [sic] atribuible a la primera conducta relevante eficaz realizada en una situación jurídica”.²³⁵

De otro lado, debe ponerse de presente lo dicho por TUR FAÚNDEZ, con relación a la relación existente entre la teoría de los actos propios y la teoría del negocio jurídico.²³⁶

característica del abuso en un ejercicio del derecho, que se desvía de su finalidad objetiva y de su destinación, cuando falta para ello un interés legítimo”.

²³⁵ BORDA, A., op. cit., p. 108.

²³⁶ En igual sentido se manifiestan BERNAL FANDIÑO, M., “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, op. cit., p. 258: “esta noción no debe confundirse con la doctrina sustantiva de los efectos del consentimiento. En efecto, es claro que una parte en un contrato no puede retirarse unilateralmente, pero ello se entiende no como una consecuencia de la doctrina de los actos propios sino como una consecuencia del contrato” y DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 218: “El que yo no pueda, se añade, retirarme unilateralmente de un contrato no es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino obviamente una consecuencia, la primera, del contrato (art. 1091 CC) [sic]. De la misma manera el que

“[e]l origen de la doctrina de los actos propios se produce en un momento en el que todavía no se ha elaborado la teoría del negocio jurídico. Ahora bien, las soluciones que entonces se obtenían aplicando la doctrina de los actos propios, se resuelven hoy, en muchos casos, mediante la aplicación de las normas reguladoras del contrato o de otros negocios jurídicos, sin que sea necesario recurrir a la doctrina de los actos propios ([...] con frecuencia la jurisprudencia confunde ambas teorías, la de los actos propios y la del negocio jurídico) [sic]”²³⁷.

yo no pueda ejercitar mis derechos de una manera distinta de la convenida o en una medida diferente a la que ha sido establecida en el negocio jurídico, tampoco es una consecuencia de la doctrina de los actos propios, sino una consecuencia del valor vinculante de las declaraciones de voluntad”. Se precisa que el artículo citado corresponde a la legislación civil española, el cual reza que “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”, consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, recuperado el 9 de marzo de 2020.

²³⁷ TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 17. En este campo se hace uso de figuras como la aceptación tácita, la renuncia de derechos, impugnación de negocios jurídicos ineficaces, excepción de dolo, desarrollados por la misma autora (pp. 40 – 52). Sobre la renuncia de derechos, PUIG BRUTAU, J., *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, *op. cit.*, p. 102, es sumamente claro: “no se trata de un caso de renuncia de derechos, aunque es muy frecuente la confusión de ambos conceptos. Cuando se trata de un caso de verdadera renuncia, aunque sea manifestada en forma tácita o esté implícita en ciertos actos o en determinada conducta, nos encontramos ante una declaración o manifestación de voluntad del titular del derecho renunciado. Esta delimitación de conceptos es muy importante. Puede haber *venire contra factum proprium*, dice el mismo ENNECCERUS, cuando el acreedor no conocía su derecho, pero había de exigírsele este conocimiento. El efecto que en tal caso se produce no se apoya, como la renuncia, sobre la voluntad de abandono del derecho, es decir, sobre una declaración de voluntad, sino en la norma de Derecho positivo, y aunque sea contra la voluntad del propio interesado. No se trata, pues, de una renuncia tácita”. Sobre la excepción de dolo, PIAGGI, A. I., *op. cit.*, p. 18, señaló que: “La *exceptio doli* a su vez se manifiesta en dos sentidos: en la prohibición de *venire contra factum proprium* y en la regla conforme a la cual a nadie es permitido traer ventaja del propio maleficio”.

3.2. Contenido y requisitos de la teoría de los actos propios.

Estos son los requisitos²³⁸ que, tradicionalmente, la doctrina ha impuesto para la configuración de la teoría de los actos propios.²³⁹

²³⁸ BORDA, A., *op. cit.*, p. 71, en donde se expone que: “La teoría de los actos propios requiere de tres condiciones o requisitos para que pueda ser aplicada, a saber: a) Una conducta anterior relevante y eficaz. b) El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción –atentatoria de la buena fe- existente entre ambas conductas. c) La identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas”. Igualmente, ver LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *op. cit.*, p. 110. Además, expresan más adelante (p. 112), que “También ha resuelto [la magistratura española] que el principio de Derecho de los actos propios exige para su eficacia: 1) que el acto que se pretende combatir haya sido realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada; 2) un nexo causal eficiente entre el acuerdo adoptado o acto realizado y su incompatibilidad con la conducta posterior; y 3) que el acto sea concluyente e indubitado, de tal forma que defina de modo inalterable la situación del que lo realiza”. En ese mismo sentido, la Sentencia T - 295 de 1999, de la Corte Constitucional colombiana, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero. De otro lado, DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, pp. 78 - 81, sostiene que los requisitos de configuración de la teoría de los actos propios dependerá de la concepción que se adopte sobre esta. En este sentido, sostuvo que, para la jurisprudencia española existen dos posibles concepciones. Para la primera corriente, la teoría de los actos propios son una expresión de la voluntad, en tanto, “como expresión del consentimiento, se realizan con el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho”. Esta concepción exige, para la configuración de la “teoría de los actos propios”, que concurren tres elementos: expresión del consentimiento, finalidad o designio, y la creación, modificación o extinción de derechos. En segundo lugar, se entiende que la teoría de los actos propios, “no produce una vinculación semejante a la de la declaración de voluntad, sino que es, en rigor, una limitación del ejercicio de los derechos subjetivos. En esta línea de pensamiento, los presupuestos de aplicación de la regla que ordena que nadie puede venir contra sus propios actos son: 1° Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante, eficaz y vinculante. De ahí que si está viciada (p. ej.: por error) [sic], pueda el autor atacarla válidamente. 2° Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión. 3° Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior. 4° Que entre la conducta anterior y pretensión posterior, exista una perfecta identidad de sujetos”. Finalmente, sostiene el autor que existen múltiples sentencias que adoptan una doble fundamentación: “como manifestación de voluntad de un determinado sujeto que desea crear, modificar o extinguir derechos, y como exigencia de la buena fe que impone la coherencia de comportamiento y limitar la posibilidad de contradecir el sentido en el que la otra persona pudiera haber confiado”, con lo cual se evidencia la falta de coherencia y entendimiento de la figura. Asimismo, PIAGGI, A.

- Una conducta previa de carácter vinculante.
- Una conducta posterior que sea contraria a la anterior.²⁴⁰
- Que ambos comportamientos se den en una relación entre los mismos sujetos.

Veamos cada uno de ellos.

3.2.1. Conducta previa de carácter vinculante.

La actuación de la persona debe ser jurídicamente relevante,²⁴¹ en tanto “debe tener, en el mundo del derecho, trascendencia, deslindándose de las conductas

I., *op. cit.*, pp. 115 - 116, señala que “varios son los elementos sustanciales constitutivos del “venire...” [sic] enunciados por la doctrina: • una conducta previa y una pretensión anterior de la misma persona, sus representantes o sucesores, • que exista identidad de partes, • que la situación se produzca dentro de la misma situación jurídica, • que la conducta previa tenga significado unívoco, • que la conducta previa y la pretensión ulterior resulten incompatibles, • que la conducta previa sea válida, voluntaria, relevante, eficaz, deliberada, libremente adoptada y no medie error o vicios de la voluntad, • que la declaración previa ya sea expresa o tácita haya tenido aptitud para producir confianza en la otra parte. • Carácter residual pues el principio no resulta invocable cuando la ley regula una solución expresa para la conducta objetivamente contradictoria. • La mala fe impide su aplicación porque si se pretende impedir el obrar incoherente que lesiona la confianza suscitada en la otra parte de la relación, no es aceptable que se pueda hablar de confianza en un sujeto que obra de mala fe”. Nuevamente, se evidencia la falta de precisión, en tanto varios de estos requisitos están comprendidos entre sí.

²³⁹ Pese a este listado, debe tenerse en cuenta que los requisitos exigidos pueden variar entre cada uno de los autores, pero, además, de cada uno de los Estados que aplica la figura. En ese sentido, ver BERNAL FANDIÑO, M., “El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium”, *op. cit.*, p. 316, quien señaló que “no existe homogeneidad en el trato de la regla del *venire contra factum proprium* en los diferentes ordenamientos jurídicos”.

²⁴⁰ TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 35, divide este presupuesto en dos: i) conducta posterior, y ii) que exista contradicción entre ambas conductas.

sin valor jurídico y de aquellas otras que requieran imperativamente una forma determinada que no fuese cumplida”;²⁴² luego, “para que pueda afirmarse que una conducta anterior **ha** tenido relevancia jurídica es necesario que haya sido ejecutada dentro de una determinada situación jurídica y que con ella se hayan afectado intereses ajenos”.²⁴³

Esta conducta, además, para ser vinculante, exige que sea eficaz.²⁴⁴

Frente a la validez de la misma, debe indicarse que, pese a que provenga de un error²⁴⁵ del emitente, esta lo vincula, en tanto nadie puede alegar su culpa o dolo

²⁴¹ LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *op. cit.*, p. 118, quienes indicaron que “Esta relevancia, requiere en primer lugar que la declaración de voluntad sea seria y deliberada y destinada a crear consecuencias jurídicas. Ello no sucede con las declaraciones carentes de seriedad o efectuadas en broma –*iocandi causae*– o con las declaraciones con fines pedagógicos, como las afirmaciones que hace un profesor en medio de una clase, con el fin de enseñar algún principio a sus alumnos”.

²⁴² BORDA, A., *op. cit.*, p. 72.

²⁴³ *Ibíd.*

²⁴⁴ *Ibíd.*, p. 73. En ese mismo sentido, ver DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 174, quien sostuvo que “[n]o puede, por tanto, hablarse de contradicción de actos propios cuando los primeramente realizados carecen de eficacia jurídica”. Igualmente, TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 37, señaló que “No puede hablarse de contradicción con actos propios cuando estos no son jurídicamente eficaces. Por lo tanto, se podrá ir válidamente contra los actos propios cuando los mismos sean inválidos”. Más adelante indica la autora que “el error es irrelevante, porque el fundamento de la doctrina de los actos propios es la protección de la confianza que suscita la conducta llevada a cabo, y se trata de una protección objetiva de la confianza”.

²⁴⁵ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, pp. 265 - 266, quien realiza un juicioso análisis de diversas hipótesis que se pueden llegar a presentar en este tipo de situaciones. Igualmente, señala el autor, que “la persona no queda vinculada por aquellos actos que realizó por error acerca del alcance del propio derecho. Si este error se sufrió, puede luego venirse contra los actos propios, cualquiera que fuera su naturaleza”, p. 180.

Igualmente, señala ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, *op. cit.*, p. 624, que “El error o la ignorancia del autor del daño o el dolo de que haya sido víctima no lo eximen, por lo general, de responsabilidad civil: la culpa puede consistir muchas veces en ignorar o no saber

en su propio beneficio,²⁴⁶ a menos que el receptor de la voluntad sea conocedor del error del declarante, “pero ello no se fundamenta en el error del acto sino en que el receptor de la conducta obra de mala fe si, conociendo tal error, pretende hacer valer dicha conducta. No es admisible la protección de quien actúa de mala fe pretendiendo usufructuar un acto ajeno, incluso aunque no hubiera existido error”.²⁴⁷

En palabras de PUIG BRUTAU: “en ningún caso de verdadera doctrina de actos propios será procedente la impugnación por causa de error”.²⁴⁸

Se precisa que lo dicho con relación al error²⁴⁹ como vicio de la voluntad, no se hace extensivo a los demás vicios del consentimiento, en tanto provienen de

una cosa. Quien comete un daño por error o ignorancia o por haber sido engañado o sorprendido, es responsable, salvo que el error, la ignorancia o el engaño de que haya sido víctima sea de tal naturaleza que aun un hombre prudente colocado en sus mismas circunstancias habría incurrido en él: no habría entonces culpa”.

En Colombia, por ejemplo, los vicios de la voluntad sólo pueden ser alegados por aquella persona que no dio lugar al mismo. Así lo establece el artículo 1743 del Código Civil, el cual reza que “La nulidad relativa no puede ser declarada por el juez o prefecto sino a pedimento de parte; ni puede pedirse su declaración por el Ministerio Público en el solo interés de la ley; ni puede alegarse sino por aquéllos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y puede sanearse por el lapso de tiempo o por ratificación de las partes”. En sentido contrario, ver LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *op. cit.*, pp. 116 - 117, quienes indicaron que “la existencia de un vicio de la voluntad, de cierta significación en el primer actuar, impide la aplicación de esta doctrina [...] El acto viciado es nulo o anulable, según el caso; pero lo importante de destacar es que un acto viciado no puede ser el primer escalón de la escalera que lleve a aplicar la doctrina de los actos propios”. Más adelante señalan que “El Tribunal Supremo de España ha sido particularmente insistente en que un acto inválido por ausencia de libertad, de intención o viciado por error o dolo, no puede servir de base para la aplicación de la doctrina que estudiamos” (p. 194).

²⁴⁶ Ver, DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 150: “Cuando una persona es culpable de la irregularidad de un acto o de un negocio jurídico, no puede invocar en su propio beneficio su propia torpeza”.

²⁴⁷ BORDA, A., *op. cit.*, p. 75.

²⁴⁸ PUIG BRUTAU, J., *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, *op. cit.*, p. 102.

sujetos diferentes al emisor de la voluntad.²⁵⁰ Es decir, las consecuencias del error, la fuerza y el dolo son diferentes, toda vez que el error proviene directamente del sujeto que emite la voluntad, mientras que el dolo y la fuerza provienen, bien sea del otro contratante o de terceras personas, razón por la cual, las consecuencias de uno u otro deben ser diversas. En este orden de ideas, si el vicio de la voluntad invocado consiste en un error, es claro que este produce efectos frente a aquella persona que incurrió en él, toda vez que nadie puede alegar su propia culpa en su beneficio, razón por la cual, al contrariar su actuación, se podrá dar aplicación a la teoría de los actos propios, salvo que haya sido conocido por el otro sujeto contratante,²⁵¹ mientras que, por el contrario, si el vicio de la voluntad presentado fue la fuerza o el dolo, es posible que esa voluntad emitida no genere ningún tipo de vinculación frente al sujeto, razón por la cual, la teoría de los actos propios no tendrá cabida o aplicación.²⁵²

²⁴⁹ La relación error – teoría de los actos propios, es estudiada a detalle en DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., pp. 269 - 272.

²⁵⁰ LÓPEZ MESA, M., op. cit., p. 201, indicó que “El maestro Díez-Picazo planteó hace cuarenta años una difícil elección: si con esta doctrina se busca proteger la confianza que la propia conducta ha podido suscitar en los terceros, carece de viabilidad la alegación de cualquier posible error sufrido; si, en cambio, lo que se sanciona es una contravención a la buena fe apreciada en sentido subjetivo, como intención leal, no habría mala fe cuando de lo que se trata es de rectificar las consecuencias de un error. Ése es el dilema en su formulación clásica, habiendo tomado partido en general la doctrina y la jurisprudencia por la primera opción”.

²⁵¹ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 272: “El carácter erróneo o equivocado de la conducta puede, en cambio, ser tomado en consideración y, por tanto, la conducta no poseerá valor vinculante, ni impedirá la pretensión contradictoria, cuando el error era conocido del adversario o cuando era de naturaleza tal que cualquier persona razonable debía suponer su existencia”.

²⁵² Igualmente, señala TUR FAÚNDEZ, M. N., op. cit., pp. 37 - 38, que, frente a actos absolutamente nulos, tampoco procede ningún tipo de protección: “En principio, este presupuesto no podría ser considerado como tal si entendemos que el fundamento de la doctrina de los actos propios es el principio de la buena fe objetiva, y la confianza suscitada por la apariencia que genera la conducta. En efecto, el hecho de que la

Finalmente, se precisa que carece de relevancia determinar la naturaleza de la persona que emite su voluntad; es decir, la teoría de los actos propios tiene aplicación bien sea frente a personas naturales y jurídicas, y con relación a estas, aplica tanto a personas de derecho privado como de derecho público,²⁵³ aunque, se aclara, con relación a estas últimas, se ha desarrollado con relación a la posibilidad o imposibilidad de la revocatoria directa de los actos administrativos: “El respeto al acto propio, que tradicionalmente ha estado atado a la prohibición de

conducta original que suscitó la confianza en el sujeto sea ineficaz, no afecta a la apariencia que generó la conducta en cuestión. La pretensión contradictoria del sujeto defrauda la confianza que su conducta inicial suscitó, lo que es contrario a la buena fe. Sin embargo, por lo que respecta a los casos de nulidad absoluta, hay que tener presente que nuestro ordenamiento no reconoce ningún efecto a los mismos, y ello aunque generen apariencia”. Igualmente, debe precisarse que en Colombia los vicios de la voluntad generan nulidad relativa y no absoluta. Estas sanciones las encontramos reguladas en los artículos 1740 a 1756, aunque, de estos, el que se refiere a las causales de nulidad absoluta y relativa es el artículo 1741: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato”.

²⁵³ PIAGGI, A. I., *op. cit.*, p. 112: “No existe razón alguna para que los ciudadanos no tengan derecho a confiar en que el Estado debe ser coherente y congruente con sus conductas anteriores. En este punto cabe subrayar que al [sic] Estado como sujeto de derecho público debe quizá más que nadie respetar este principio básico. El hecho que la administración tenga como objeto el bien común no autoriza a liberarla de ataduras morales, pues debe actuar como el primer custodio de la buena fe en las relaciones jurídicas. Y no puede ni debe sorprender a los particulares con cambios de actitud que no serían tolerados en el derecho privado. Por el contrario le cabe cumplir una función moralizadora para dar el ejemplo de una conducta consistente y confiable”. En igual sentido, NEME VILLAREAL, M. L., *op. cit.*, p. 54, indicó que: “La administración se encuentra vinculada por sus actuaciones u omisiones anteriores al cambio de política, en cuanto las mismas le han permitido a los administrados concluir que su conducta era jurídicamente aceptada, en este sentido la Corte Constitucional, en sentencia T - 020 del 24 de enero de 2000, señala que la confianza legítima es un principio que, como lo ha destacado la Corte, deriva de los postulados constitucionales de seguridad jurídica, respeto al acto propio y buena fe, y busca proteger al administrado frente a las modificaciones intempestivas que adopte la administración, desconociendo antecedentes en los cuales aquél se fundó para continuar en el ejercicio de una actividad o en el reclamo de ciertas condiciones o reglas aplicables a su relación con las autoridades”.

revocatorias unilaterales, es un concepto ético del derecho, que tribunales y juristas deben tener en cuenta por el alto valor que con él se defiende”.²⁵⁴

3.2.2. Una declaración de voluntad o una conducta posterior que sea contraria a la anterior, contradicción que debe ser evidente o palmaria.

Se exige entonces, una declaración de voluntad, bien sea expresa, por medio de silencio²⁵⁵ o tácita (la que podría darse por medio de una conducta²⁵⁶) posterior que sea contraria a la anterior, contradicción que debe ser evidente o palmaria.²⁵⁷

²⁵⁴ Sentencia T - 366 de 2002 de la Corte Constitucional colombiana, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil. En ese mismo sentido, en la sentencia T - 475 de 1992 de la Corte Constitucional colombiana, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz, se dijo que “La buena fe implica el deber de observar en el futuro la conducta inicialmente desplegada, de cuyo cumplimiento depende en gran parte la seriedad del procedimiento administrativo, la credibilidad del Estado y el efecto vinculante de sus actos para los particulares”.

²⁵⁵ Con relación al silencio, debe precisarse que, en determinados eventos, el silencio es vinculante a efectos de la teoría de los actos propios: “Si resulta difícil en muchos casos interpretar la voluntad expresada, el intérprete se enfrenta a una dificultad mucho mayor cuando se encuentra con el silencio de las partes como posible manifestación de voluntad. Si bien el principio general nos indica que el silencio no es una forma idónea de manifestar la voluntad contractual, existen excepciones, como los casos en que la ley le da el efecto vinculante al silencio, o las partes lo hacen [...] Por esta razón, la doctrina mencionada puede ser en estos casos una guía importante para el intérprete en la determinación del silencio como una declaración de voluntad, puesto que si bien no se trata de una real declaración de voluntad, puede producir el mismo resultado, si las circunstancias lo ameritan.” Ver BERNAL FANDIÑO, M., “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, *op. cit.*, p. 263. En sentido contrario, LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *op. cit.*, p. 115, quienes señalaron que para el Tribunal Supremo Español “la pasividad de la actora en el ejercicio de sus derechos no constituye acto propio vinculante para la misma”, para lo cual se fundamentan en el Fallo del Tribunal Supremo de España, Sala 1ª, del 17 de mayo de 1995, con ponencia de Sr. Ortega Torres, aunque, en opinión de los autores, el silencio si puede dar lugar a la aplicación de la teoría de los actos propios: “Quien luego de un lapso prolongado de inacción, ante el incumplimiento de un contrato o de insatisfacción de un derecho suyo, cambia radicalmente de postura, está contrariando el principio general de la buena fe y su derivación, la doctrina de los actos propios” (p. 115).

Luego, pese a que “se ha dicho que cada uno es libre para determinarse y actuar lícitamente en cualquier dirección, pero una vez realizado el acto[,] la persona no puede sustraerse a las consecuencias del mismo, que son para ella vinculantes”.²⁵⁸

Es claro entonces que del emitente del comportamiento se exigen dos actuaciones. Una previa y una posterior, que debe ser contraria a la inicial.²⁵⁹ “El comportamiento incoherente vulnera la buena fe de quien recibe dicha

En este punto es importante la reflexión que se encuentra en DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 219: “En realidad, no hay aquí una verdadera declaración de voluntad, sino una conducta que el ordenamiento jurídico equipara a la declaración de voluntad en cuanto a sus efectos. Cabe, pues, frente a un supuesto de hecho semejante, adoptar dos posturas: una, considerarlo efectivamente como una modalidad de la declaración de voluntad (declaración tácita) [sic] y someterlo al régimen jurídico general de las declaraciones de voluntad; otra, considerar que, aun sin declarar en rigor ninguna voluntad, el autor ha quedado vinculado por su conducta, por el sentido que objetivamente debe atribuirse a ella, de tal manera que no puede ya contravenirlo, ni rechazarlo”.

²⁵⁶ BERNAL FANDIÑO, M., “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, op. cit., p. 262, en donde se dijo que “De esta forma se engloban no solamente declaraciones sino fundamentalmente conductas. Esto implica un esfuerzo adicional por parte del intérprete del contrato, quien debe tener en cuenta no sólo la literalidad del contrato, sino el comportamiento de las partes y sus variaciones, que por supuesto, podrán estar justificadas por las circunstancias del caso, intereses sociales prevalecientes, o cuando han cambiado las condiciones existentes al producirse la conducta vinculante”. En sentido contrario, DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 220, quien sostuvo que “Los actos concluyentes no pertenecen a la verdadera doctrina de los actos propios”.

²⁵⁷ LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., op. cit., p. 116, en donde se indicó que “las elaboradas alegaciones sobre supuestas contradicciones implícitas son aquí insuficientes. Para que el juez aplique esta doctrina, la contradicción entre ambos actos debe ser palmaria, no debe dejar lugar a dudas ni a segundas interpretaciones”.

²⁵⁸ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 171.

²⁵⁹ BORDA, A., op. cit., p. 78, en donde se indica que “lo que debe destacarse de esta conducta posterior es que importa ejercer una pretensión contradictoria respecto de la conducta vinculante”.

conducta”.²⁶⁰ Se aclara entonces que no es necesario que esta segunda conducta sea ilícita ni intencionada,²⁶¹ sino que bastará con que sea contradictoria con

²⁶⁰ *Ibíd.*, p. 107. Igualmente, DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 285, explica la noción de contradicción: “¿En qué debe consistir esta contradicción entre la anterior conducta vinculante y la posterior pretensión? La contradicción es, en rigor, una idea lógica que expresa contraposición o incompatibilidad entre dos conceptos. La incompatibilidad u oposición de tipo lógico se da entre dos actitudes vitales de una misma persona. Son actitudes lógicamente incompatibles respetar una situación jurídica e impugnarla, reconocer un derecho y discutirlo, dar por extinguido un derecho y considerarlo todavía vivo [...] parece conveniente situar la contradicción dentro de la idea de incompatibilidad, medida según el criterio imperante en la conciencia social. Basta, pues, que la pretensión, o mejor[,] el resultado buscado con ella, aparezca a la conciencia social como incompatible o lo repela como inadmisible”.

²⁶¹ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, *op. cit.*, p. 334, quien sostuvo que, “[p]or último, expresamos que además de idónea y, de contera, vinculante, la conducta –o plexo conductual- debe ser valorada desde un ángulo esencialmente objetivo, carente de toda coloración subjetiva, vale decir que la *intentio* de que [sic] quien la ejecuta (actor o emisor) [sic], no desempeña un rol especial, toda vez que lo decisivo, más allá de que exista intencionalidad, es el hecho concreto de la confianza suscitada en el destinatario a raíz de la citada conducta inicial, detonante de la protección que brinda el ordenamiento, en particular, el poder judicial”. En igual sentido, ver TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 34, quien señaló que “el fundamento de la doctrina que prohíbe ir contra los actos propios está en la buena fe, que en estos casos hay que entenderla del siguiente modo: cuando la conducta de un sujeto en sentido objetivo, es decir[,] la apariencia que esta genera, suscita la confianza de otro, sería contrario a la buena fe ir contra esa conducta. De esta manera, será irrelevante cuál sea la voluntad del sujeto: no tendrá importancia que la contradicción entre los actos se deba a una intención de defraudar la confianza depositada (buena fe subjetiva) [sic] o no. Si esto es así, lo más trascendental de la doctrina de los actos propios sería la apariencia, en la medida que provoca una confianza en el sujeto. No obstante, si el fundamento de la doctrina de los actos propios descansara sólo en la idea de la apariencia que hemos expuesto anteriormente, con esa confianza que genera la apariencia debería ser suficiente para que el derecho o la expectativa del sujeto se produjera, pero, como veremos, no es así: la doctrina de los actos propios exige para su aplicación una conducta contradictoria, sea cual sea la voluntad de su autor”. Igualmente lo señalan PIAGGI, A. I., *op. cit.*, p. 112: “cualquiera que fuera la voluntad que haya presidido o impulsado esos actos, ellos han suscitado en el círculo de los interesados una confianza fundada, respecto a lo que significan como actitud del sujeto dentro de la relación jurídica. Consecuentemente el sujeto debe responder por las consecuencias de la confianza suscitada” y DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., *op. cit.*, p. 355: “no interesa, en cambio, que el sujeto piense o no quedar vinculado por su actuar, pues el efecto vinculante de la conducta deriva de su sentido objetivo, sin que la intención juegue un papel relevante”.

relación a una anterior, lo cual, por sí sólo, es suficiente para inferir mala fe.²⁶² Y es que, precisamente, “La doctrina de los actos propios prohíbe así la sorpresa, la volubilidad en el actuar y la emboscada”.²⁶³

Debe aclararse, asimismo, que

“no basta con la mera contradicción de un acto previo con un acto posterior. Nuestro sistema contractual se basa en la autonomía de la voluntad de los individuos, y debe permitirse desde luego la posibilidad de corregir los errores que se hayan podido cometer. Por esta razón, es fundamental entender que la base de la doctrina de los actos propios se encuentra en las expectativas legítimas creadas con las actuaciones. Es necesario proteger la planeación y que no se le permita a otro que con su incoherencia le ocasione un daño”.²⁶⁴

De otro lado, debemos preguntarnos si ambos actos deben ser sucesivos o si, por el contrario, pueden ser simultáneos. “Nosotros entendemos que para que pueda aplicarse la teoría de los actos propios debe existir un cierto espacio de tiempo entre ambas conductas, espacio temporal éste que no necesita ser muy extenso pero que, al menos, requiere que el negocio jurídico haya sido concluido o que la confianza despertada por tal conducta –fundada en la buena fe- haya podido ser

²⁶² BORDA, A., *op. cit.*, p. 135, quien sostiene que “llegamos a la conclusión de que actuar de modo incoherente significa accionar de mala fe”. Igualmente, aclara el autor que, pese a su conclusión, la mala fe es irrelevante, en tanto es suficiente con probar la contradicción.

²⁶³ LÓPEZ MESA, M., *op. cit.*, p. 193.

²⁶⁴ BERNAL FANDIÑO, M., “El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium”, *op. cit.*, p. 311. Igualmente, expone TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 34, que “dicho de otro modo, la apariencia que genera la conducta inicial en la doctrina de los actos propios, tiene relevancia sólo en la medida en que sirve de referente para poder calificar la segunda conducta como “contradictoria”, pues la confianza que suscita esa apariencia en el sujeto pasivo de la relación se verá defraudada por la segunda actuación; esto implica que en el comportamiento del titular del derecho no se ha dado la fidelidad que era de esperar, y eso se considera contrario al principio de buena fe”.

vulnerada”.²⁶⁵ En estricto sentido, esta exigencia carece de fundamento,²⁶⁶ en tanto los actos contradictorios se pueden presentar de manera simultánea, y configurar, sin lugar a dudas, un supuesto de aplicación de la teoría de los actos propios, toda vez que la contradicción puede ser inmediata, pese a lo cual, generarse la confianza de una actuación determinada.²⁶⁷ Piénsese, por ejemplo, en un acto procesal complejo, como la demanda o la contestación a la demanda: es posible que en diversos apartados se asuman posturas diferentes o contradictorias, y, pese a tratarse de un solo acto, dar lugar a la aplicación de la teoría de los actos propios.

Igualmente, se ha discutido si es posible que la teoría tenga aplicación en la fase precontractual. Existe un sector doctrinal²⁶⁸ que considera que no tiene cabida en la etapa de formación de los contratos, toda vez que, pese a que se pueden reunir sus requisitos, la única consecuencia de la retractación durante las negociaciones

²⁶⁵ BORDA, A., *op. cit.*, p. 77. En idéntico sentido, LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *op. cit.*, p. 208 y Díez-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 272, quienes indican que entre ambas conductas debe mediar un lapso de tiempo.

²⁶⁶ En sentido contrario ALTERINI, A. A., y LÓPEZ CABANA, R. M., *op. cit.*, p. 14, señalan, con ocasión a ambas manifestaciones de voluntades, que, la segunda, debe “ser posterior, aunque debe señalarse que la ulterioridad no es meramente cronológica, sino antes más bien lógica; es el caso del Tribunal Supremo español (sentencia del 13/4/31) [sic], en el cual se despojó de efectos a la firma de una liquidación de cuentas porque, de inmediato el suscriptor tachó esa firma y la impugnó”.

²⁶⁷ En sentido contrario se ha dicho que “para aplicar dicha teoría [refiriéndose a la teoría de los actos propios] se requiere la existencia de una conducta, que ella produzca una creencia determinada y que se pretenda volver contra esa conducta primera vulnerándose la buena fe nacida de esa creencia. Este desarrollo no puede darse en las conductas simultáneas debido a que ambas deben ser valoradas coetáneamente y se notará con facilidad la contradicción existente, por lo que no podrá alegarse creencia o confianza alguna. Pretender tomar sólo una conducta y desechar la otra, alegando la teoría de los actos propios, importa actuar de mala fe[,] lo que no puede ser protegido por el ordenamiento jurídico”. BORDA, A., *op. cit.*, p. 77. Se precisa que la selección de la conducta “tomada” y “desechada”, en los términos del autor, no sería aleatorio, en tanto se tomaría la primera, y se desecharía la segunda.

²⁶⁸ Díez-Picazo citado por BORDA, A., *op. cit.*, p. 77, quien comparte su posición.

es el pago de una indemnización, pero, entienden además, que en esta fase negocial “nunca podrá impedirse tal retractación”.²⁶⁹

En este punto es necesario precisar que ninguna conducta ilícita es permitida ni tolerada por el ordenamiento jurídico. Ahora, las normas están conformadas del imperativo y de la consecuencia frente a su omisión o incumplimiento.²⁷⁰

Eso implica, entonces, que, una vez configurado el supuesto normativo descrito, se desprende una correlativa sanción, sin que sea posible evitar que el “hecho desancadenante” se presente. Es decir, nada puede evitar que el hecho descrito en la norma se presente. A lo sumo, una vez presentado, se podrá renunciar a la respectiva sanción, pero, se insiste, esta siempre se configura.

En ese orden de ideas, tanta aplicación tiene la teoría de los actos propios durante la formación de los contratos, que en caso de presentarse una variación repentina e injustificada de conducta por parte de uno de los sujetos, habrá lugar a indemnizar a su contraparte.²⁷¹ Es decir, de no proceder la teoría en este

²⁶⁹ *Ibid.* En ese mismo sentido, ver LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *op. cit.*, p. 198, quienes sostienen que “un acto preparatorio o un borrador de un convenio concluido no puede ser considerado un acto propio”. Debe precisarse que las dos hipótesis señaladas por los autores merecen soluciones diversas. Es claro que si estamos frente a un borrador de un acuerdo no concluido, no habrá lugar a la aplicación de la teoría de los actos propios, en tanto en la etapa de formación de los contratos impera la libertad contractual; mientras que, por el contrario, si estamos frente a un acto preparatorio, a las partes si se les exige actuar con probidad y con respeto por sus actuaciones anteriores.

²⁷⁰ Ver artículo 6 del Código Civil, el cual reza que “La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos”.

²⁷¹ En ese sentido, ver WEINGARTEN, C., *op. cit.*, pp. 62 - 64.

momento, no habría ninguna consecuencia, en tanto ninguna norma prohibiría el actuar de forma contradictoria o sorpresiva.

Luego, es claro que durante la celebración del contrato, en su ejecución, o, incluso por fuera del contrato, es posible darle aplicación a la teoría de los actos propios, toda vez que no tiene ningún requisito adicional a los previamente señalados.

Igualmente, se aclara que, tal y como se indicó, la conducta contradictoria se puede presentar en cualquier momento, incluso, en el curso de un proceso judicial.²⁷²

3.2.3 Que ambos comportamientos se presenten en una relación entre los mismos sujetos.

Desde hace más de treinta años dijo BORDA que “esta identidad entre sujetos es fundamental porque sólo las declaraciones o conductas emitidas hacia otra persona vinculan a ésta con el emitente. Tanto es así que no existe vínculo respecto de terceros y, por lo tanto, respecto de éstos no es aplicable la teoría en estudio”.²⁷³

Este es, quizá, el más problemático de los requisitos, en tanto es posible encontrar eventos en los cuales una persona, de manera injustificada, modifica su actuar,

²⁷² “la conducta vinculante puede haber sido ejecutada con anterioridad a la iniciación del pleito, en tanto que la pretensión contradictoria puede ser ejecutada durante su transcurso”. BORDA, A., *op. cit.*, p. 129.

²⁷³ *Ibid.*, pp. 73 - 74.

pese a que se encuentra frente a diversas personas. Piénsese, por ejemplo, en esta situación:²⁷⁴

Una persona demanda a un antiguo empleador, en un supuesto de culpa patronal, en tanto le atribuye responsabilidad por una patología que desarrolló en ejercicio de sus funciones. Sus pretensiones salen avantes en el curso del proceso. Con posterioridad, presenta otra demanda frente a otro empleador, aduciendo los mismos hechos y consecuencias. Por una casualidad, el apoderado de la parte demandada en ambos procesos era el mismo, razón por la cual conoce la existencia de la sentencia anterior, en donde se reconoce a otro sujeto como responsable, ¿sería posible desestimar las pretensiones de este segundo proceso aplicando la teoría de los actos propios?²⁷⁵ La respuesta no puede ser otra: efectivamente.

²⁷⁴ Ejemplo tomado de LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *op. cit.*, p. 123. De otro lado, ver JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, *op. cit.*, pp. 539 - 540, quien planteó un ejemplo en donde una persona tomó un seguro de responsabilidad civil por posibles daños por un parqueadero que explotaba económicamente, pero luego aduce, frente a una reclamación, que no asumía la custodia de los vehículos estacionados. Nótese que en esa situación, el destinatario de la voluntad inicial es indeterminado, mientras que en un segundo momento se dirige frente al reclamante, pese a lo cual se le da aplicación a la teoría de los actos propios.

²⁷⁵ BULLARD GONZÁLEZ, A., *op. cit.*, p. 53, plantea otro ejemplo, en donde no se exige la identidad de partes: “Imaginemos una animadora de televisión muy conocida y respetada, que cuando era joven se dedicó a la prostitución. Si bien esa persona podría considerar su pasado como parte de su vida privada, ella misma habla continuamente de su pasado en su programa sin el menor rubor. Un buen día el programa de la competencia hace un reportaje en la que alude abiertamente a su pasado vinculado a la prostitución. ¿Podría la animadora demandar a su competencia por violación a su derecho a la privacidad o al honor? La competencia pudo deducir de la conducta de la animadora, que esta no se veía afectada por la información, porque ella misma se encarga de difundirla. Si bien no tenía un acuerdo explícito renunciando a su derecho, podría interpretarse que su conducta significaba una renuncia a ese derecho. Derivar que la demanda que plantea la animadora contra la competencia por afectación a su privacidad o al honor contradice la conducta anterior[,] significa asumir que hay un acuerdo implícito de no demandar”. El mismo autor, más adelante, plantea otro ejemplo: “imaginemos que las normas en un centro de trabajo permiten despedir a los trabajadores que hablan lisuras. Pero el empleador continuamente usa ese tipo de lenguaje de manera

En estricto sentido, nada impediría darle una correcta aplicación, en tanto su actuar dio pie a creer, razonadamente, que el responsable de su afectación fue el primer empleador demandado, por lo que, tanto el segundo empleador, como el juez de manera oficiosa, podría desestimar las pretensiones en virtud de la teoría de los actos propios: “Si bien los casos más comunes en los que la jurisprudencia y tribunales arbitrales han aplicado la doctrina de los actos propios han versado sobre situaciones con identidad de sujetos, existen casos en los que se ha alegado la incoherencia del comportamiento de un sujeto frente a escenarios similares en relaciones distintas”.²⁷⁶

“Cuando decimos que la conducta vinculante tiene que haberse observado en el mismo círculo de intereses o dentro de la situación jurídica de que en cada caso se trate, lo que quiere significarse es que sólo es posible tomar como vinculante una conducta que, objetivamente, pueda suscitar en el adversario la confianza de que esta conducta sea índice o definición de una actitud frente a esta situación jurídica. Con ello no quiere decirse que el adversario tenga que ser necesariamente el destinatario directo de la conducta, pero sí que cuando una conducta tiene otros destinatarios, está claramente motivada por otras razones y se mueve en otros círculos de

común y las comparte y tolera con sus empleados. Un buen día durante una conversación, un empleado dice una lisura y el empleador lo despide. Si bien de acuerdo a las normas, hablar lisuras tenía como consecuencia jurídica establecida y aplicable, la conducta del empleador indicó que no aplicaría la consecuencia jurídica anotada. Si lo hace entra en contradicción con sus propios actos” (p. 62).

²⁷⁶ BERNAL FANDIÑO, M., “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, *op. cit.*, p. 264, quien, además, puso de presente un evento en donde no se exigió identidad de partes: “Un ejemplo interesante en el cual se le exige coherencia a una de las partes con base en su comportamiento anterior, frente a una relación contractual con un sujeto diferente, consiste en un caso sometido a la justicia arbitral en materia de contratos de interconexión entre dos operadores de telecomunicaciones, en el cual se alega que una de las partes va en contra de sus actos propios, pues varió las condiciones de interconexión con un operador y otro. Adicionalmente, para analizar este conflicto debe tenerse en cuenta que el regulador, la CRT, había determinado que por razones de protección a la libre competencia no podía haber trato discriminatorio, es decir, el operador debe ofrecer las mismas condiciones de interconexión para todos”.

intereses, el adversario no puede utilizarla para impedir una posterior actuación”.²⁷⁷

Es decir, este último requisito, realmente, no es necesario para la configuración de la teoría de los actos propios, en tanto, en estricto sentido, esta surge es del actuar de una persona,²⁷⁸ y como tal, no se exige que su actuar siempre esté dirigido o relacionado a una misma persona.²⁷⁹

“Cierta jurisprudencia española, que sostiene la aplicabilidad de la teoría de los actos propios como respuesta a los interrogantes formulados precedentemente [relacionadas con el fallecimiento de aquel que emite su voluntad, así como de la voluntad del representado en virtud de un mandato], no habla tanto de identidad de sujetos sino de centros de interés: esto es, que tratándose de sujetos físicamente distintos, han de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior, como son los casos de representación y sucesión”.²⁸⁰

²⁷⁷ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., p. 269.

²⁷⁸ Señala BULLARD GONZÁLEZ, A., op. cit., p. 60, que “El tercer requisito exige que las dos conductas (la originaria y la posterior) [sic] sean desarrolladas por el mismo sujeto, entendiendo por este un solo centro de imputación. En ese sentido la identidad del sujeto es parte inherente a la existencia de contradicción, pues si dos hacen cosas distintas ninguna se está contradiciendo”. Nótese como el autor únicamente se refiere a la identidad del sujeto que emite su voluntad, pero nada dice del destinatario.

²⁷⁹ LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., op. cit., p. 122, en donde se expresó que: “para que se aplique la doctrina de los actos propios debe existir un eje; ese eje es la persona que pretende cambiar de conducta. En cambio, no necesariamente debe ser el mismo el sujeto frente a quien se pretende cambiar de actitud”.

²⁸⁰ BORDA, A., op. cit., p. 82, quien se refiere a un auto del T. S. 1ª S, del 18 de mayo de 1981, con ponencia de De Castro García. En ese mismo sentido, ver BERNAL FANDIÑO, M., “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, op. cit., p. 264, quien señala que “Estos últimos [refiriéndose a los centros de interés] han sido desarrollados por la jurisprudencia española que en tratándose de sujetos físicamente distintos el centro de interés es el mismo, como ocurre en los casos de representación y sucesión. En efecto, en casos de representación, los actos del representante se imputan al representado, de manera que éste, en

Del apartado transcrito, se tiene entonces que en supuestos de sucesiones y representaciones, tampoco se presenta la identidad de sujetos, pese a lo cual se puede aplicar la teoría de los actos propios: la voluntad del causante “perdura” a su muerte y le es extensiva a los sobrevivientes;²⁸¹ igualmente, la voluntad del representante, en ejercicio de sus funciones, le es oponible al representado, y viceversa. En caso contrario, la voluntad propia del representante no vincula a su representado: “los actos del representante no lo vinculan a él directamente sino a su representado. Es decir, el representante, sin dar lugar a la aplicación de la teoría de los actos propios, puede actuar de forma contradictoria cuando lo hace en nombre propio a cuando actúa en interés o nombre de su representado”.²⁸²

De otro lado, también se pueden encontrar supuestos de sujetos colectivos, quienes emiten su decisión por medio de un órgano de decisión. En este punto

principio, no puede contradecir los actos realizados por aquél, pues se está afectando un mismo interés. En materia de sucesiones, a nadie le es lícito desconocer la eficacia de los actos realizados por su causante”. La Corte Constitucional colombiana también ha entendido que no se requiere identidad física de los sujetos, y que basta un centro de interés común. Ver Sentencia T - 299 de 1995, con ponencia de Alejandro Martínez Caballero.

²⁸¹ TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, pp. 40 - 41, señaló que “las consecuencias de los actos propios sólo pueden alcanzar a quien los realiza cuando ejercita derechos propios, y no cuando ejercite derechos de otra persona a la que represente. De otro lado, es de aplicación la doctrina de los actos propios cuando la conducta vinculante es realizada por una persona y la pretensión contradictoria por su representante. ¿Qué ocurre en los supuestos en que hay sucesión? La doctrina ha considerado que nadie puede ir contra los actos propios de su causante, pues una de las claves del Derecho sucesorio es la idea de continuidad. El heredero queda así vinculado por el sentido que al ejercicio de los derechos que ha adquirido había atribuido el causante, de forma que un acto contradictorio con ese sentido debe ser tenido como inadmisibles”.

²⁸² LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *op. cit.*, p. 209. Frente a la invocación de la teoría de los actos propios en la relación representante – representado, DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, *op. cit.*, p. 175, sostuvo que “a) No pueden oponerse a una persona, que actúa en su propio nombre, actos anteriores que realizó como representante de otra y, viceversa, no pueden oponerse, a quien actúa como representante de otro, los actos anteriores que realizó personalmente. b) En cambio, pueden oponerse al representante sus actos anteriores como tal representante y los actos anteriores del representado. Y a éste, cuando actúa personalmente, los actos de aquel que le representó”.

debe precisarse que las personas jurídicas son distintas de los miembros que las conforman, razón por la cual no es procedente aplicar la teoría de los actos propios frente a decisiones individuales de alguno o algunos de los miembros, con relación a la persona jurídica, ni viceversa.²⁸³

3.3. Excepciones

Ahora, pese a que se reúnan los supuestos de la teoría de los actos propios, previamente descritos y explicados, existen determinados eventos en donde es posible volver sobre los actos propios,²⁸⁴ en tanto “la regla de los actos propios no puede considerarse una regla absoluta. Es fundamental aplicarla de forma restrictiva siguiendo los límites y requisitos considerados anteriormente, analizando caso por caso para evitar inequidades”.²⁸⁵ Es decir,

“en rigor, hay diversas hipótesis en las cuales es lícito, *a fuer* que permitido el *factum novum*, es decir volver sobre el acto propio primigenio,

²⁸³ BERNAL FANDIÑO, M., “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, *op. cit.*, p. 265.

²⁸⁴ BORDA, A., *op. cit.*, p. 89. El autor expone, además, que también es posible revocar la oferta antes de ser aceptada por el destinatario. En Colombia, en virtud del artículo 846 del Código de Comercio, la oferta es irrevocable, y en caso de revocatoria, habrá lugar a indemnizar los perjuicios sufridos por el destinatario. Reza el artículo citado que “La propuesta será irrevocable. De consiguiente, una vez comunicada, no podrá retractarse el proponente, so pena de indemnizar los perjuicios que con su revocación cause al destinatario. La propuesta conserva su fuerza obligatoria aunque el proponente muera o llegue a ser incapaz en el tiempo medio entre la expedición de la oferta y su aceptación, salvo que de la naturaleza de la oferta o de la voluntad del proponente se deduzca la intención contraria”. Igualmente, señala TUR FAÚNDEZ, M. N., *op. cit.*, p. 17, como supuestos en donde es posible volver sobre los actos propios, los actos nulos y la actuación por medio de representante. Igualmente, ALTERINI, A. A., y LÓPEZ CABANA, R. M., *op. cit.*, pp. 19 - 20, indican una serie de eventos en donde es posible que los sujetos actúen de manera contradictoria a una manifestación de voluntad anterior, en el Derecho argentino.

²⁸⁵ BERNAL FANDIÑO, M., “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, *op. cit.*, p. 266.

confirmándose entonces que con rotundidad no se puede rechazar la incoherencia o la contradicción, de existir, pues habrá casos en que esté tolerada, cuando la escolte la legalidad y muy especialmente la razonabilidad. De ahí el alcance relativo, que no absoluto de la regla *venire contra factum proprium*".²⁸⁶

Algunos²⁸⁷ de estos supuestos son cuando la voluntad o conducta inicial es inválida,²⁸⁸ en el caso de las arras retractatorias, es posible retractarse del

²⁸⁶ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, op. cit., p. 203:

²⁸⁷ LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., op. cit., pp. 174 - 176, elaboraron un listado de situaciones que se excluye de la aplicación de la teoría de los actos propios, a saber: "1) La revisión de un derecho al que la Constitución Nacional le confiere carácter de irrenunciable; resultaría irrazonable aplicar la teoría de los actos propios para denegar la revisión de un derecho al que la Constitución Nacional le confiere carácter de irrenunciable. El principio es simple: a quien no pudo renunciar expresamente de un derecho, no le es aplicable –en principio– la doctrina de los actos propios, dado que no se puede realizar tácitamente lo que no es admisible de forma expresa. 2) Aquellos en que el primer acto versase sobre una cuestión de orden público, indisponible para las partes. 3) Aquellos donde existieran comprometidos intereses de menores, cuya tutela es la finalidad permanente de toda clase de procesos. 4) Aquellos en que se debatieran aspectos vinculados a garantías instituidas en resguardo de derechos fundamentales. 5) Aquellos casos en que la aplicación de la doctrina de los actos propios contravenga una norma expresa o un régimen jurídico específico, como el referido al pago de lo indebido. De otro modo, una doctrina de creación pretoriana podría tener el efecto notable de derogar implícitamente normas y regímenes legales que autorizan a cuestionar actos anteriores viciados. 6) Cuando el acto vinculante fuera un acto prohibido por la ley. 7) Cuando por cualquier motivo, la índole de los derechos debatidos los colocara fuera del ámbito de disponibilidad de las partes. La CSJN y los tribunales superiores han alejado los actos propios de la idea de extrapatrimonialidad, o lo que es lo mismo, han excluido los derechos cargados con un fuerte tinte axiológico de la disponibilidad de las partes. Obvio es que, si las partes no pueden disponer de ellos o negociarlos, cederlos o renunciarlos, menos aún pueden considerarse éstos [sic] renunciados tácitamente, a través de la doctrina de los actos propios o, lo que es igual, verse impedido su ejercicio". Igualmente, señalan que las manifestaciones de voluntad efectuadas en el marco de una conciliación no producen efectos de acto propio (p. 198). En ese sentido, la legislación colombiana prescribe que durante la audiencia de conciliación judicial, el juez puede proponer fórmulas de arreglo, sin que ello implique prejuzgamiento. (Numeral 6 del artículo 372 del Código General del Proceso, el cual establece que: "El juez, salvo norma en contrario, convocará a las partes para que concurran personalmente a una audiencia con la prevención de las consecuencias por su inasistencia, y de que en ella se practicarán interrogatorios a las partes. La audiencia se sujetará a las siguientes reglas: [...] Conciliación. Desde el inicio de la audiencia y en cualquier

contrato, bien sea perdiendo las arras o “devolviéndolas dobladas”;²⁸⁹ asimismo, es posible revocar, en cualquier tiempo, y sin límite de veces, el testamento,²⁹⁰ así

etapa de ella el juez exhortará diligentemente a las partes a conciliar sus diferencias, para lo cual deberá proponer fórmulas de arreglo, sin que ello signifique prejuzgamiento. [...]”). En ese orden de ideas, si el juez director del proceso puede manifestar su voluntad sin temor a comprometerse, con mayor razón las partes pueden exteriorizar su voluntad, sin que ello implique un reconocimiento de responsabilidad o algo similar, razón por la cual, con posterioridad, pueden contravenir lo manifestado durante la referida audiencia.

De otro lado, DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., pp. 745 y 893 al citar las sentencias del TS del 21 de noviembre de 1996 y del 22 de junio de 2006, respectivamente, indica que, tratándose de daños corporales, es perfectamente posible volver sobre los actos propios, de cara a la cuantificación de los perjuicios de allí derivados.

²⁸⁸ “En materia de nulidades como límite para la doctrina de los actos propios, será el juez quien determine si se presenta abuso o no al alegar la nulidad, pues una cosa es alegar una nulidad por un acto viciado, y otra si después de celebrado un acto nulo o viciado, con la conducta se ratifica el mismo y después se pide la nulidad cuando, por ejemplo, se ha sacado provecho de ese acto. En consecuencia, la doctrina no aplica para los actos que adolezcan de nulidad absoluta, por tanto son insubsanables”. Ver BERNAL FANDIÑO, M., “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, op. cit., p. 266. Igualmente, se remite al lector a lo señalado anteriormente, con relación al error, la fuerza y el dolo, en el **apartado 3.2.1.**

²⁸⁹ Ver artículos 1859 y 1860 del Código Civil colombiano, los cuales, expresamente prescriben que “Si se vende con arras, esto es, dando una cosa en prenda [Actualmente, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1676 de 2013, por “prenda”, entiéndase en algunos eventos, “garantía mobiliaria”], de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndoles, y el que las ha recibido, restituyéndolas dobladas”. El segundo de ellos establece que “Si los contratantes no hubieren fijado plazo dentro del cual puedan retractarse, perdiendo las arras, no habrá lugar a la retractación después de los dos meses subsiguientes a la convención, ni después de otorgada escritura pública de la venta o de principiada la entrega.”

²⁹⁰ La revocatoria del testamento se encuentra regulada en los artículos 1270 a 1273 del Código Civil colombiano, los cuales rezan:

“Artículo 1270. Revocación del testamento. El testamento que ha sido otorgado válidamente no puede invalidarse sino por la revocación del testador. Sin embargo, los testamentos privilegiados caducan sin necesidad de revocación, en los casos previstos por la ley. La revocación puede ser total o parcial”.

“Artículo 1271. Revocación del testamento solemne. El testamento solemne puede ser revocado expresamente en todo o parte, por un testamento solemne o privilegiado. Pero la revocación que se hiciera en un testamento privilegiado caducará con el testamento que la contiene y subsistirá el anterior”.

como las manifestaciones de voluntad de cara a un acuerdo amistoso o conciliación.²⁹¹

3.4. El encaje de la teoría de los actos propios en los requisitos y contenido de la teoría del hecho de la víctima.

Existe un sector que aboga por la separación entre la teoría de los actos propios y la propia culpa.

“En efecto, de antiguo se tiene establecido que no es de recibo alegar u obtener provecho de la propia culpa, o de la torpeza humana, habida cuenta que si el sujeto, de una u otra manera, participó en el resultado que *ex post* cuestiona, o del cual pretende derivar derecho, entre otras hipótesis más,

“Artículo 1272. Revocación de testamento que revoca. Si el testamento que revoca un testamento anterior es revocado a su vez, no revive por esta revocación el primer testamento, a menos que el testador manifieste voluntad contraria”.

“Artículo 1273. Coexistencia de testamentos. Un testamento no se revoca tácitamente en todas sus partes por la existencia de otro u otros posteriores. Los testamentos posteriores que expresamente no revoquen los anteriores, dejarán subsistentes en estos las disposiciones que no sean incompatibles con las posteriores o contrarias a ellas”.

²⁹¹ Ver nota al pie **287**, así como DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., pp. 944 - 945, quien pone de presente la sentencia del TS del 19 de octubre de 2009, en donde se indicó que “[...] entendían los recurrentes que se había acreditado que la recurrida realizó un ofrecimiento de 12.500.000 pesetas, por lo que había de considerarse que se trata de actos propios de la misma en los que reconoce una deuda por dicho importe. El motivo se desestima porque, según la sentencia, no puede atribuirse a una oferta de acuerdo amistoso, no aceptada, ninguno de los caracteres que la jurisprudencia predica del acto básico cuya contradicción con la conducta posterior daría pie a la aplicación de la doctrina de los propios actos, como son que se trate de acto de carácter trascendente, los que causan estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, que haya sido contradicha, o un acto inequívoco, en el sentido de crear, definir, fijar, modificar, extinguir o esclarecer sin duda alguna determinada situación jurídicamente afectando a su autor que, interpretado en buena fe, resulte incompatible con la pretensión actual”.

podría pretextarse con éxito que no le asiste razón y que se impone un rechazo frontal, toda vez que su actuación *ex ante, lato sensu*, no puede quedar impune y, de contera, salir adelante de su pretensión, pues de hacerlo se estaría estimulando, de un modo u otro, la realización de conductas previas de carácter espurio o por lo menos ayunas de fundamentación y diligencia, muchas veces coloreadas por la astucia y el oportunismo”.²⁹²

Es claro que quien invoca la teoría de los actos propios no puede haber dado lugar, con su conducta (culpa o torpeza) ni a la actuación inicial ni a la modificada, en tanto se consideraría un hecho de la víctima, aunque no habría lugar a la aplicación de la teoría de los actos propios. Este debería ser el sentido del apartado transcrito.²⁹³

²⁹² JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, op. cit., p. 309. En ese mismo sentido, ver LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., op. cit., p. 182, quienes indicaron que “la buena técnica indica que tampoco debe emplearse la doctrina –si bien en algún caso se la ha mencionado- al caso de daño causado por la propia torpeza del reclamante, dado que allí resulta de aplicación la previsión del artículo 1111 del Código Civil”. Se precisa que el artículo en cita corresponde al anterior Código Civil argentino, el cual rezaba que “El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna”. Consultado en http://www.justiniano.com/codigos_juridicos/codigo_civil/libro2_secc2_titulo7a19.htm, recuperado el 23 de abril de 2019.

El actual Código consagra una norma similar, en el artículo 1729, el cual dispone que “La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”. Consultado en http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf, recuperado el 23 de abril de 2019.

²⁹³ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, op. cit., pp. 314 - 315, en donde se indicó que, “En suma, en uno y otro caso, los insumos que deberán ser valorados y analizados por el juzgador, por vía de ejemplo, serán divergentes, así como el énfasis y aproximación judicial que se harán: en el *venire*, se preocupará del advenimiento de una incoherencia susceptible de eclipsar, objetivamente, la confianza legítima generada con antelación, en guarda de evitar la irrupción de un perjuicio. Aquí la censura consistirá en el cambio comportamental que engendró sorpresa y desazón, y que quebrantó los cánones de buena fe. Y en el *nemo*

Pese a esto, debe resaltarse que es claro que el hecho inicial que dio lugar a la confianza no puede ser “revocado”, de manera injustificada, por aquella persona emisora de la voluntad o que ha actuado. Esa actuación, precisamente, es la que se ha considerado como un hecho de la víctima, en tanto fue ella misma la que, con su manifestación de voluntad o su actuación, dio lugar a la generación de confianza, razón por la cual, no la puede desconocer.

Es decir, su propia actuación lo vincula, lo cual, de acuerdo con lo planteado en el **capítulo segundo** de esta investigación, constituye un hecho de la víctima.²⁹⁴

Veamos:

Según se indicó, los requisitos para la configuración del hecho de la víctima, como causal exonerativa, son: un hecho externo, imprevisible e irresistible.

Al analizar estos requisitos, y compararlos con los presupuestos de la teoría de los actos propios, se evidencia que, efectivamente, esta consiste en una modalidad del hecho de la víctima.

Nótese que una persona, la víctima, da lugar, con su actuación previa, a que otra persona, el responsable, crea que su comportamiento será similar al anterior, lo cual lo lleva a actuar en un determinado sentido, se itera, confiando, de manera legítima, en la manifestación de voluntad o actuación anterior de la víctima.

auditur el iudex se volcará a confirmar la presencia de una culpa y torpeza relevantes, reveladoras, en sí, de una participación –o coparticipación- en el resultado que ulteriormente se cuestiona, o peticona. En este segundo supuesto el reproche no girará alrededor del quebranto de la confianza legítima, sino en la gestación de una culpa o una torpeza incidentes y, de suyo, contaminantes”.

²⁹⁴ No obstante, DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, op. cit., pp. 299 - 302, sostiene que las consecuencias de la contradicción en el comportamiento pueden ser: indemnización de perjuicios al afectado con el hecho contradictorio, ineficacia del derecho, inadmisibilidad del derecho, extinción del derecho.

El afectado por la confianza legítima actúa en determinado sentido. En vista de que la víctima cambia de comportamiento o de voluntad, se genera un choque con el actuar del responsable, lo cual le genera algún tipo de afectación.

En este momento, la víctima, que, se insiste, es aquel que dio lugar a que un tercero creyera que su actuación iba a ser coherente con sus comportamientos anteriores, en razón a su cambio de actitud, genera un choque con la actuación del responsable, la cual se dio con base en la confianza previamente generada, en razón de lo cual, sufre un perjuicio y busca reparación, atribuyéndole responsabilidad al actor – responsable.

Piénsese, por ejemplo, en un supuesto en donde dos personas, de manera permanente, han practicado determinado deporte. Uno de ellos, durante varias sesiones, ha adoptado algunos medios de seguridad que amortiguan la intensidad de los golpes sufridos, pero, de manera sorpresiva, en una sesión no los adopta, lo cual no le es informado a su compañero de práctica, lo que lo lleva a pensar que, durante esa jornada, están siendo usados. En razón de ello, este actúa de la misma manera en que siempre se ha comportado, confiado en que su compañero cuenta con el respaldo de los mecanismos de seguridad, quien, por obvias razones, resulta lesionado, por lo que busca ser resarcido por su compañero, que, al defenderse, aduce la teoría de los actos propios como una modalidad de hecho de la víctima.

Otro ejemplo lo encontramos en el error como vicio de la voluntad. Si bien con antelación se indicó que un sector doctrinal considera improcedente la aplicación de la teoría de los actos propios cuando nos encontramos en frente de un error como vicio de la voluntad, en **el apartado 3.2.1.** se precisó que la afirmación no se puede brindar de forma genérica, en tanto se deberá diferenciar entre las diversas modalidades de vicios de la voluntad. Si estamos frente al dolo o la fuerza, es claro que, por tratarse de vicios que emanan de terceros, la teoría de los actos

propios no tendría cabida. Cuestión diferente cuando el vicio invocado es el error, toda vez que este proviene del propio emisor de voluntad.

Si bien se genera el vicio en la voluntad, con la respectiva consecuencia en la validez del acto jurídico, lo cual genera nulidad del mismo, es posible que la contraparte afectada con el error, haya actuado en determinado sentido, confiando en la manifestación de voluntad inicial, ocasionándole perjuicios a su contraparte. Si esta pretende la reparación, como medio exceptivo, se podrá invocar la teoría de los actos propios como una modalidad del hecho de la víctima.

En este orden de ideas, si el vicio de la voluntad invocado consiste en un error, es claro que este produce efectos frente aquella persona que incurrió en él, toda vez que nadie puede alegar su propia culpa en su beneficio, razón por la cual, al contrariar su actuación, se podrá dar aplicación a la teoría de los actos propios, tal y como se acaba de indicar.

Se aclara entonces que esta situación es diversa a la previamente señalada, en donde es el sujeto confiado quien, con su actuación, participa en la modificación de voluntad del agente inicial.

Ahora, para establecer la configuración de un hecho de la víctima, debemos verificar la concurrencia de sus requisitos: un hecho externo para aquel que lo invoca, el cual, además, le debe ser imprevisible e irresistible.

¿La actuación inicial, aquella generadora de confianza, le es ajena o externa a aquel que invoca la aplicación del hecho de la víctima o de la teoría de los actos propios como una modalidad del hecho de la víctima? La respuesta debe ser afirmativa, porque de lo contrario, nos encontraríamos en el supuesto descrito al iniciar este apartado: participación causal del destinatario de la voluntad en la conducta modificatoria de la voluntad inicial.

Igualmente, para este es imprevisible e irresistible que la persona haya cambiado su voluntad o su forma de actuar, toda vez que concierne al fuero interno de la persona. Ahora, en caso tal de que el responsable tuviera información de que la víctima cambiaría su actuar (le fuese previsible), y, pese a ello no actuó de conformidad con la información obtenida, se desvirtuaría el hecho de la víctima.

Piénsese, por ejemplo, que en el supuesto previamente enunciado, el compañero de deportes sí le informa que, por algún motivo, durante esa jornada no cuenta con los implementos de seguridad, pese lo cual, actúa de la misma forma, omitiendo la información suministrada, por lo que lesiona a su compañero de práctica. En este supuesto estará obligado a reparar y no tendrá aplicación la teoría de los actos propios.

4. EL DEBER DE MITIGAR EL DAÑO Y EL HECHO DE LA VÍCTIMA.

El Derecho privado ha venido evolucionando: ha dejado de centrar su atención, exclusivamente, en la reparación, y, de diferentes formas, ha empezado a mirar hacia la prevención.²⁹⁵

“En el Derecho se ha enfatizado más en la reparación, que en la prevención, la que no siempre se ha contemplado con entusiasmo, so pretexto que algunos han estimado que su ámbito más propio es el Derecho penal, o que si se le concede relevancia en el *ius privatum* es en consideración a los efectos reflejos e indirectos emergentes de la misma reparación o compensación, posturas que no pueden hoy admitirse sin respetuosos reparos, dado que la granada y plausible finalidad preventiva es general, y no solo botín privativo de los distinguidos penalistas, así ellos le hayan conferido o no más trascendencia.

²⁹⁵ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Temis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013, p. 37, en donde indica el autor que, además, en la responsabilidad civil también es procedente hablar de prevención, y que esta tiene un vínculo estrecho con el daño, a tal punto que se ha entendido que “prevención y resultado dañoso, en efecto, forman parte de una cosmovisión común”. En otro sentido, ver LLAMAS POMBO, E., “Formas de reparación del daño”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho privado*, vol. 2, dirigido por J. G. Pinzón Sánchez, M. F. Navas Herrera, y Y. Alarcón Palacio, Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas y Temis, Bogotá, 2010, p. 103, quien expone que “Vengo sosteniendo que se ha producido una bifurcación del Derecho de daños, que reserva el remedio reparatorio propio de la responsabilidad para el daño ya irrogado, mientras que para el daño amenazante despliega el mecanismo de dicha tutela inhibitoria. Por ello, sin negar que teóricamente es posible reparar daños mediante obligaciones de no hacer, reconozco que en la mayor parte de los casos no se tratará de reparación propiamente dicha, sino de mera tutela inhibitoria (orden de cese de determinadas actividades dañosas o prohibición de acometerlas) [sic] enmascarada en una acción de responsabilidad civil, y que tales supuestos de auténtica reparación mediante obligación negativa resultan difícilmente imaginables y escasos”.

No toda la prevención entonces se debe librar al Derecho penal, se reitera, sin desconocer el papel que ella cumple en esta disciplina. El Derecho privado, signado por los más nobilísimos propósitos, además que bienhechor y cívico, por antonomasia, no puede renunciar a los beneficios derivados de la prevención, que inciden directamente en la colectividad. Ese lujo, ciertamente no puede dárselo. Prevenir es afianzar y vigorizar la idea de proteger, *stricto sensu*, y el Derecho privado y, en general, todos los derechos, deben ser eso: prevalentemente protectores (*principio protectorio*), hoy tan en boga”.²⁹⁶

Así lo sostiene, igualmente, DOMÍNGUEZ HIDALGO:

“El denominado deber de mitigar los daños o las pérdidas encuentra su encuadre dentro de la conducta que puede ser exigida al acreedor tras el incumplimiento. En efecto, si bien es cierto que el incumplimiento por parte del deudor abre al acreedor un amplio abanico de mecanismos de tutela de su crédito y, entre ellos –y de modo señalado- la indemnización de los perjuicios causados, ello no significa que el acreedor deba esperar de modo pasivo que esos perjuicios sigan aumentando. En otros términos, frente al incumplimiento surge la pregunta de si la reparación íntegra de los perjuicios causados por él alcanza a los daños posteriores que una razonable conducta de mitigación por parte del acreedor habrían evitado”.²⁹⁷

²⁹⁶ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., p. 36.

²⁹⁷ DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., “Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, I, dirigido por M. Aramburo Calle, Universidad Pontificia Bolivariana, Pontificia Universidad Javeriana, IARCE y Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2011, p. 113.

A lo anterior se suma que ni la legislación civil española ni colombiana consagra una norma que de manera expresa se refiera al deber de mitigar.²⁹⁸

4.1. Concepto y configuración jurídica del deber de mitigar.

Ya en concreto, es claro que, antes de que el daño acaezca, debe la víctima, en la medida de lo posible, evitar su ocurrencia, así como, una vez presentado el daño, surge para toda víctima el deber de minimizarlo, lo cual se traduce en evitar que el daño se propague, siempre que pueda.²⁹⁹

“La conducta de la víctima de un daño, luego de sufrido éste, en orden a impedir su agravación –dirigida entonces a aminorar el menoscabo o el mantenimiento de la situación perjudicial, y de la cual se puede salir- no es indiferente al Derecho.

El autor puede invocar como eximente – a los fines de reducir la indemnización- el comportamiento del dañado, que agrava su responsabilidad”.³⁰⁰

²⁹⁸ ZURITA MARTÍN, I., “Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables”, en *Indret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 4, 2016, p. 4, recuperado de https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1263_es.pdf, el 21 de febrero de 2020, que: “El ordenamiento jurídico español no contempla expresamente, como norma general, el deber que corresponde al acreedor de mitigar los daños sufridos por el incumplimiento del deudor, denominado en el Derecho anglosajón *duty of mitigation*. Ciertamente, tal regla no aparece de forma expeditiva entre el articulado del Código Civil, aunque sí la recoge la Ley de Contrato de Seguro cuando en su artículo 17 regula el deber de salvamento”.

²⁹⁹ Para un estudio de Derecho comparado de la figura, ver JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., pp. 216 – 221.

³⁰⁰ MOSSET ITURRASPE, J., op. cit., p. 161.

Es decir, si teniendo la posibilidad de evitar que el daño se presente o se extienda,³⁰¹ omite hacerlo, ese daño no se indemniza, toda vez que se ha entendido que ese daño lo ha causado la víctima, configurando un hecho de la víctima como modalidad de causa extraña, tal y como veremos más adelante.

Se aclara, asimismo, que, tal y como se indicó, el deber de prevención también puede ser previo a la ocurrencia del daño, es decir, cuando este todavía no ha sido materializado:

“[p]revención y Derecho de daños no se excluyen, sino que se complementan –o *in casu* pueden llegar a complementarse-. Tanto que si aquella resulta frustránea o improcedente, se impondrá la reparación como remedio *sub conditione* previsto por el ordenamiento, con miras a no dejar a la víctima en el desamparo o en la orfandad, reconociendo, en todo caso, que si de protección se trata se le protege mejor cuando se actúa en clave de prevenir el daño, *stricto sensu*”.³⁰²

³⁰¹ Señala UGARTE MOSTAJO, D., “La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú”, en *Derecho PUCP*, Lima, 80, 2018, p. 142, que: “sin embargo, esta distinción conceptual entre prevención y mitigación no se manifiesta en las consecuencias jurídicas de una y otra institución, pues entendemos que tanto la falta de prevención como la omisión de la mitigación implicarán para el acreedor ver reducida la indemnización en proporción a los daños que pudo prevenir o mitigar. Asimismo, tanto en la prevención como en la mitigación, el acreedor que cumplió con adoptar medidas razonables para evitar el daño o mitigarlo tendrá derecho a exigir al deudor –conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa- el reembolso de los gastos en que incurrió como consecuencia de la aplicación de dichas medidas”.

³⁰² JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., p. 45. Más adelante, expresa el mismo autor que “en la órbita axiológica, así luzca discutible, puede ser aún más justo evitar un perjuicio, que repararlo a posteriori, reparación que igualmente será justa, ello no se desconoce, aunque preferible que no tenga lugar, si podemos anticiparnos al daño, claro está” (p. 90). Asimismo DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Derecho de obligaciones en Europa*, Bosch, Barcelona, 2013, pp. 114 - 116, se refiere a la admisibilidad del resarcimiento de los gastos de prevención, siempre que se reúnan los criterios indicados en el artículo 2:104 de los PETL, el cual establece que “Los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables”, razonabilidad que se encuentra, por ejemplo, en el hecho de que “su importe haya sido menor que la probabilidad de producción del daño evitado multiplicada por su magnitud en el caso de que

En este punto es necesario preguntarnos si el deber de mitigación (o evitación) comprende, además, hacer cesar la conducta generadora del daño.

Nada impide que dentro de la noción “mitigar el daño” se exija a la víctima adelantar toda actuación tendiente a la cesación de aquel hecho u omisión generadora del daño, aclarando que un sector de la doctrina, entre ellos LLAMAS POMBO, entiende que “Habrà quien sostenga que la cesación de la fuente de daño, para impedir que el mismo se repita, se agrave o se vuelva a producir, constituye una de las formas de reparación del daño. Mi opinión es que tal actividad no es, propiamente, *reparar*, sino constituye una forma enmascarada de tutela inhibitoria del daño, de finalidad preventiva, y ajena a la genuina finalidad reparadora de la responsabilidad civil”.³⁰³

Más allá de la discusión acerca de si hacer cesar es o no una forma de reparación, que aunque interesante es ajena a esta temática de estudio, es claro que el deber de evitación o mitigación comprende adelantar actuaciones tendientes a obtener la cesación de la conducta generadora del daño, en tanto precisamente, así se evita su extensión o configuración.

Ahora, efectuadas las precisiones anteriores, se pasa a definir el deber de evitación y mitigación del daño: A toda persona, siempre que pueda, de manera razonada,³⁰⁴ se le exige que evite que el daño se cause, propague o se extienda,

hubiera llegado a producirse”. La norma citada fue recuperada de <http://www.egtl.org/PETLSpanish.html>, el 20 de febrero de 2020.

³⁰³ LLAMAS POMBO, E., “Formas de reparación del daño”, *op. cit.*, p. 76.

³⁰⁴ Para entender el concepto de razonada, se ha propuesto realizar un análisis similar al que se efectúa de cara a los modelos de comportamiento. Ver TRONCOSO, M., “La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 21, julio -diciembre de 2011, p. 375. De otro lado, con relación a la reparación, también se ha hecho un análisis frente a la razonabilidad, en donde se ha dicho en LLAMAS POMBO, E., “Formas de reparación del daño”, *op. cit.*, p. 95, que “El derecho de la víctima a verse indemne no puede conllevar un esfuerzo desproporcionado a cargo del responsable, máxime si existe un desequilibrio notable entre el (pequeño) [sic] interés que la conducta satisface y el (enorme) [sic] sacrificio que su realización representa para el deudor [...] la reparación en forma específica, en cuanto realización de una prestación –de hacer o no hacer- “a costa” del deudor no significa, sin

luego, “el deber de mitigar existe en aquellos casos en que el resultado de la reducción del daño puede obtenerse adoptando medidas que no entrañen para el perjudicado sacrificios desproporcionados o que no le coloquen ante nuevos riesgos”,³⁰⁵ aunque, se aclara, la víctima no está obligada a “informar a su contraparte sobre dichas medidas, ni mucho menos está obligada a buscar su aprobación”,³⁰⁶ en tanto, se insiste, para su reconocimiento, bastará con que sean razonables.³⁰⁷ Luego, las conductas de la víctima, de cara al cumplimiento del deber de mitigar el daño, consisten en “reducir el daño, evitar la agravación del daño, evitar la producción del daño”,³⁰⁸ siempre, “mediante la adopción de medidas razonables”,³⁰⁹ entendiendo por estas, “las medidas que, atendiendo las particulares circunstancias del caso concreto, puedan esperarse de una persona que actúa de buena fe; es decir, considerando lo que llevaría a cabo cualquier persona a fin de evitar o disminuir la magnitud del perjuicio [...] medidas que no entrañen sacrificios desproporcionados para el perjudicado o que no lo coloquen ante nuevos riesgos”.³¹⁰

embargo, “a toda costa”. Por el contrario, nada le impide al juez o tribunal establecer un límite cuantitativo a la valoración de esa ejecución forzosa, que posteriormente repercutirá sobre el patrimonio del deudor [responsable]”.

³⁰⁵ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial: la responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011, p. 344.

³⁰⁶ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 15, julio de 2008, p. 131.

³⁰⁷ Indica VON TUHR, A., *op. cit.*, p. 64, que “Lo difícil será saber, qué medidas o precauciones se pueden exigir, en el caso concreto, del perjudicado, para desviar el daño o reducir su alcance. Sólo se le podrán exigir, evidentemente, aquellas que una persona medianamente razonable adoptaría en su propio interés”.

³⁰⁸ TRONCOSO, M., *op. cit.*, p. 374.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ UGARTE MOSTAJO, D., pp. 148 y 150.

Ahora, debe precisarse que más que un deber, consiste en una carga,³¹¹ en tanto, no está obligada la víctima a realizarlo, y el no hacerlo sólo genera consecuencias negativas para ella,³¹² pese a lo cual, al menos por ser la denominación mayoritaria, nos referiremos a ella como deber.

³¹¹ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, p. 313, en donde se indicó que “mediante el deber de cooperación se impone a cada una de las partes de la relación obligatoria a realizar comportamientos positivos tendientes a colaborar con la otra a fin de que la relación obligatoria, y particularmente el contrato, llegue a buen fin y produzca los efectos que ambas partes tuvieron en cuenta al momento [de] contraerla. El deber de evitar el daño, en cambio, supone un incumplimiento por parte del deudor, o bien un hecho lesivo, por parte del agente, es decir, supone una lesión al interés jurídico de una de las partes a manos de la otra, imponiendo a la parte lesionada la diligente administración de los propios asuntos. No se trata de una colaboración con la otra parte, pues el afectado se mueve siempre en la esfera de los propios intereses. Por tanto, no podemos identificar la actitud requerida al acreedor con un deber de cooperación. Amén de lo anterior, el deber de cooperación supone que la parte sobre la cual pesa pueda ser constreñida a prestar su colaboración, con el consiguiente resarcimiento del daño para el caso en que sea oportuno. El deber de evitar el daño, en cambio, es incoercible, la parte sobre la cual pesa este deber no puede ser constreñida a ponerlo en práctica, ni tanto menos deberá resarcir a la contraparte. La única consecuencia que se sigue de un eventual incumplimiento es la reducción de la indemnización a que tiene derecho. Desde este punto de vista, no se trata de un deber en el sentido verdadero y propio de la palabra, sino de una “carga”, es decir, de un acto que el perjudicado está llamado a ejecutar en su propio beneficio”. En ese mismo sentido, ver ZURITA MARTÍN, I., *op. cit.*, p. 5 y GAMBOA MAHECHA, E., “La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de la responsabilidad civil extracontractual”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 51, enero - junio de 2014, p. 8, quien sostuvo que “la doctrina mayoritaria ha concluido que el deber de mitigar los daños es, en realidad, una carga”. Igualmente, TRONCOSO, M., *op. cit.*, p. 357, indica que “Ni obligación, ni deber. Esta carga de la víctima de la víctima de intentar mediante medidas razonables de moderar su daño [...]” y UGARTE MOSTAJO, D., *op. cit.*, p. 130: “La figura que nos ocupa se asemejaría más a una carga que recae en el acreedor perjudicado por el incumplimiento de un contrato, conforme a lo cual dicho acreedor no podrá reclamar de su deudor la indemnización de aquellos daños que pudo haber evitado o mitigado adoptando medidas razonables de acuerdo con las circunstancias del caso concreto”.

³¹² SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, *op. cit.*, p. 354, quien indicó que “Si bien hemos hablado de deber, es necesario dejar en claro que el empleo de esta palabra se ha hecho en el sentido lato de ella, pues, en estricto rigor, la naturaleza jurídica del comportamiento exigido a cada conciudadano es la de una “carga”. No cabe hablar de deber, toda vez que no existe la posibilidad de forzar su cumplimiento. Se trata de una carga de diligencia consigo mismo. Es decir, el ordenamiento jurídico impone a todos los ciudadanos un comportamiento diligente en la gestión de los propios asuntos, pero esta imposición no puede materializarse en un deber, ello sería

4.1.1. Requisitos – Esfera de aplicación.

Debemos preguntarnos si será necesaria la conciencia de la víctima frente a la existencia del daño (o la amenaza del mismo), de su omisión y de las consecuencias de su no actuar. Si bien, en un principio pareciera razonable exigirle a la víctima un estado de conciencia, de cara al análisis de la figura desde un enfoque causal, esta no es necesaria, en tanto será suficiente su aporte causal en relación a la agravación o no evitación del perjuicio, pese, se itera, a la falta de conciencia. De hecho, cuando se le asimila a una modalidad del hecho de la víctima (tal y como se verá más adelante), es claro que basta el aporte causal, sin necesidad de la existencia de una culpa de la víctima, y mucho menos de un dolo.³¹³

De otro lado, se aclara que, el deber de mitigar el daño (o evitarlo) tiene, entonces, una naturaleza de medios, en tanto la víctima no debe evitar, de forma exitosa, la propagación o causación del daño, sino tan sólo, debe intentar, de manera razonada, evitar que ello ocurra, bien sea mediante el ejercicio de acciones positivas o de omisiones.³¹⁴

“En cuanto concierne al resultado de la gestión o labor del asegurado, no se requiere que sea fecunda o exitosa, justamente porque se exige que el asegurado haga cuanto razonablemente se encuentre a su alcance y no que tenga un determinado logro (*opus*) [sic], máxime cuando lo que se

prácticamente imposible, deberíamos vivir en un estado de policía donde éste vigilara los asuntos privados imponiendo sanciones por la mala gestión, por consiguiente solo se puede hablar de una carga”.

³¹³ En sentido contrario, *Ibíd.*, p. 373, quien sostiene que “En efecto, el deber de evitar el daño supone siempre la plena conciencia de la situación dañina”.

³¹⁴ VISINTINI, G., *op. cit.*, p. 268, donde se precisa que “se discute si el comportamiento requerido puede consistir simplemente en una conducta meramente negativa, o sea, en no agravar el daño con el propio comportamiento, o si, en cambio, la ley requiere del damnificado-acreedor una intervención activa, dirigida a atenuar las consecuencias dañosas provocadas por el incumplimiento o el hecho ilícito”.

evalúa es la conducta desplegada (*officium*) [sic], en función de los medios dispuestos para ella, y las circunstancias, *in casu*, de tiempo, modo y lugar”.³¹⁵

En términos generales, se tiene, entonces, que las siguientes características son comunes a los diversos eventos en donde se ha dado aplicación al deber de mitigar el daño:³¹⁶

1. “La víctima debe tomar las medidas razonables para evitar la extensión y propagación del daño original.
2. Una medida es razonable si su costo es inferior a las pérdidas que hubieran acaecido en caso de no emplearse.
3. Si la víctima no toma las medidas razonables no está legitimada para pretender el reconocimiento de los perjuicios que pudieron mitigarse o evitarse”.³¹⁷

³¹⁵ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., p. 308. Se precisa que aunque el autor se refiere al asegurado, lo dicho aplica para toda clase de víctimas. Es decir, no es exclusivo al contrato de seguro.

³¹⁶ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., op. cit., p. 129, en donde se dijo que: “El deber de mitigar, sin embargo, está sujeto a varias condiciones que determinan su existencia, así como su alcance. Como es evidente, para que surja la obligación de mitigar el daño, deberá existir el conocimiento acerca del incumplimiento de las obligaciones por la contraparte. Igualmente, será necesario que las medidas disponibles para el obligado a mitigar el daño sean razonables, atendidas las circunstancias, y que evidentemente no sobrepasen el monto mismo del daño mitigado o que se pretende mitigar. Adicionalmente, encontramos que ese deber también implica el reconocimiento, en cabeza de la víctima del incumplimiento, de los beneficios a que se ha hecho acreedor como consecuencia del incumplimiento.”

³¹⁷ GAMBOA MAHECHA, E., op. cit., p. 8.

Se aclara, asimismo, que el deber de mitigar tiene aplicación tanto en asuntos de responsabilidad contractual³¹⁸ como extracontractual.³¹⁹

“Lo expresado tiene aplicación tanto en la órbita extracontractual como contractual. Respecto de esta última, es evidente que debe ser ponderada la conducta del acreedor cuando, después de haberse operado el incumplimiento, no adopta las medidas necesarias para limitar, en lo posible, los daños derivados del mismo.

En la órbita aquiliana también es dable exigir al acreedor (damnificado) [sic] un proceder de buena fe, que se habrá de traducir en una actitud idónea para no provocar el agravamiento cualitativo o cuantitativo del daño. Es una derivación lógica del principio según el cual el responsable sólo debe resarcir el daño por él causado; no uno menor, pero tampoco uno mayor”.³²⁰

De otro lado, se precisa que un sector de la doctrina considera que si el responsable actuó a título de dolo, no recae sobre la víctima el deber de mitigar: “cuando el daño es causado con dolo, de acuerdo con los principios de equidad y justicia, la víctima no estará llamada a tomar las medidas necesarias con el objeto de moderar su daño, lo que no significa que no pueda hacerlo en caso de ser su voluntad. Esto significa que en caso de dolo del responsable, la obligación de moderación por parte de la víctima se convierte en una potestad abandonando su carácter imperativo”.³²¹

Pese a lo indicado, en estricto sentido, es irrelevante la forma en que el responsable actúa, en tanto nada justifica la distinción. Es decir, de nada importa

³¹⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., *op. cit.*, p. 125, quien sostiene, incluso, que el deber de mitigar los daños, en la contratación internacional, es “uno de los principios generales más firmemente establecidos”

³¹⁹ GAMBOA MAHECHA, E., *op. cit.*, p. 2.

³²⁰ PIZARRO, R. D., *op. cit.*, p. 268.

³²¹ TRONCOSO, M., *op. cit.*, p. 355.

si se está imputando a título de culpa, dolo o, incluso, si nos encontramos en una imputación objetiva, en tanto, lo que verdaderamente importa, es el aporte causal de la víctima.³²²

Asimismo, se itera que, si bien el incumplimiento del deber de mitigar el daño sólo perjudica a la víctima, su cumplimiento le genera beneficios al responsable, en tanto el monto a reparar se disminuirá gracias a la actuación del afectado. Lo anterior no implica que el deber de mitigar el daño esté radicado en cabeza del responsable,³²³ en tanto, quien tiene acceso directo a las consecuencias del hecho dañoso es la víctima, razón por la cual, el deber de mitigar se encuentra a cargo de la víctima.

Debemos preguntarnos, además, si la situación es similar en los eventos de daño consumado y amenaza de daño. Es decir, en el daño contingente, ¿el deber de mitigar también se radica en cabeza de la víctima? En este punto concluimos que, mientras el daño no se haya materializado, le corresponde al responsable buscar su “evitación”, o, al menos, deberá la “futura víctima” informarle al responsable la posible consecuencia que se derivará de su actuación u omisión. No obstante, si la víctima tiene la posibilidad razonable de evitar su causación, en estos supuestos

³²² En ese mismo sentido, ver SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, op. cit., p. 411, quien sostiene que “En consecuencia, no parece lógico que la actitud dolosa del agente sea una excusa suficiente para que el perjudicado, consciente de que puede evitar el daño, se quede inerte. Por lo demás, el hecho de que el agente haya actuado con dolo será algo que solo se podrá demostrar en el juicio de responsabilidad, en consecuencia la inactividad se presentaría temeraria respecto de su posibilidad de probar el dolo del agente”.

³²³ En sentido contrario, ver TRONCOSO, M., op. cit., p. 373, señala que “Es evidente que siendo el presunto responsable quien deberá pagar una suma de dinero a título de indemnización, es el primer interesado en reducir su valor. De este modo, producido el daño por su causa, él debería tomar o incentivar a la víctima a tomar las medidas necesarias para frenar la agravación del daño”.

también tendrá el deber de evitar el daño, con sus consabidas consecuencias frente a su omisión o incumplimiento.³²⁴

“El deber de evitar, como se desprende de su simple denominación, hunde sus raíces en el vivo propósito de procurar que el daño, un *posterius*, no irrumpa en el cosmos, en cuyo caso se ubica antes de su materialización y manifestación, por cuanto su consigna es procurar impedir su gestación, precisamente (*ex ante*). De ahí que sea una manifestación de la dimensión preventiva del moderno Derecho de daños, interesado en que hasta donde racionalmente sea posible, no aflore, no se asome a la realidad ontológica, como ya lo anticipamos”.³²⁵

En razón de ello, se ha entendido que este deber en cabeza de la víctima tiene dos enfoques: la evitación y la mitigación, “por eso en esta materia debemos hablar en plural, y no en singular, lo reiteramos. La víctima, real o potencial (*in fieri*) [sic], debe observar los dos, en lo pertinente, no pudiendo conformarse con uno, privativamente. La conducta debida concierne a ambos momentos, no a uno sólo de ellos”.³²⁶

³²⁴ En sentido contrario, *Ibíd.*, p. 375, quien sostiene que “nos inclinamos a pensar que en caso de amenaza, las medidas para evitar el daño estarán a cargo de la persona que crea el riesgo”.

³²⁵ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., p. 129. Aclara el autor, asimismo, que “el deber de mitigar, minimizar, reducir o atenuar el daño, entre otras denominaciones más, se sitúa en otro entorno y momento: el post-daño, o sea después de que se asome en la realidad factual y jurídica (*ex post*) [sic], con un objetivo diferente: el propender que sus efectos no se propaguen, no se extiendan o ensanchen, siendo lo deseable frenar su desenvolvimiento, de ordinario indeseable y desestabilizador, pues puede adquirir proporciones impensadas, arrasando todo lo que encuentre a su paso, así sea uno de los llamados instantáneos —en lo que a su gestación concierne—, que en todo caso tendrá su propia etiología” (p. 130).

³²⁶ *Ibíd.*, p. 133.

4.1.2. Fundamento

El deber de mitigar se ha fundamentado en diversas instituciones.³²⁷

En primer lugar, se ha acudido a la buena fe,³²⁸ en tanto la negativa a adoptar medidas razonables para evitar la propagación del perjuicio, se ha considerado como una conducta desleal.³²⁹

De otro lado, existe, además, un criterio netamente económico,³³⁰ que justifica la aplicación del deber de mitigar el daño: “evitar el derroche de recursos

³²⁷ De otro lado, frente a su evolución histórica, MORENO MARTÍNEZ, J. A., “El deber de mitigar el daño en la esfera extracontractual: problemática, alcance y sus últimas incidencias normativas”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, enero - febrero de 2018, p. 91, señala que “La escasa doctrina existente en el estudio citado deber no se pone de acuerdo en la fijación de sus concretos orígenes. Así, frente a un cierto sector donde su génesis debe situarse en ciertos textos del derecho romano, otros autores la determinan en tiempos más cercanos, sea en la más antigua tradición de la Common Law, o en la pandectística alemana, fruto de entender, en lo esencial, que los principios que inspiran al citado deber resultan de difícil conciliación con los postulados individualistas del Derecho Romano”. Igualmente, UGARTE MOSTAJO, D., *op. cit.*, pp. 121 - 123, presenta una breve exposición del desarrollo histórico. Asimismo, señala ZURITA MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 4 - 5 que “Aunque el origen del deber del acreedor de aminorar los daños sufridos por el incumplimiento del deudor no encuentra sus raíces en el Derecho anglosajón, sí puede decirse que es en el ámbito del common law donde se ha desarrollado conceptual y prácticamente este criterio de determinación del daño contractual, al que se conoce como duty of mitigation o avoidable consequences rule. Dicho mayor desarrollo obedece a la preponderancia de que gozan los damages en relación a otros remedios de que dispone el acreedor para el caso de incumplimiento en el Derecho inglés, frente a la primacía de la pretensión de cumplimiento propia de los sistemas de civil law”.

³²⁸ MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, pp. 96 - 97.

³²⁹ GAMBOA MAHECHA, E., *op. cit.*, p. 6. Más adelante, expone el autor que “gran parte de la doctrina asegura que el fundamento jurídico de la carga de mitigar los daños se encuentra en la buena fe” (p. 12). En ese mismo sentido, ver TRONCOSO, M., *op. cit.*, pp. 380 - 381.

³³⁰ Ver, por ejemplo, VISINTINI, G., *op. cit.*, p. 267, quien señala que “el criterio que limita el resarcimiento del daño evitable puede encontrar apoyo en el análisis económico del derecho, como sugiere el estudio comparativo de la experiencia de la *Common Law*, porque poner a cargo del causante-deudor el costo de la consecuencia dañosa que habría podido ser evitada por el acreedor-damnificado, configura una solución antieconómica, en contraste con los principios de racionalidad económica que sugieren valorar comparativamente los intereses en conflicto, y colocar correctamente los recursos y los costos de los daños”. Igualmente, señala PIZARRO WILSON, C., “Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber

económicos y reducir el costo global de la responsabilidad, son las razones que podrían hacer del argumento económico un fundamento adecuado de la obligación de minimizar el daño”.³³¹

Asimismo, se ha dicho que, de conformidad con el artículo 1616 del Código Civil colombiano,³³² los perjuicios, para ser reparables, deben provenir de la conducta del agente responsable, es decir, debe ser directo. “De ahí que pueda llegar a afirmarse que los daños causados como consecuencia de la reticencia en tomar medidas razonables tendientes a la mitigación del daño original, tengan la característica de no ser directos y por lo tanto no indemnizables”.³³³

Una noción mucho más acertada,³³⁴ indica que el deber de mitigar el daño surge de cara al hecho de la víctima³³⁵ presentado con posterioridad al hecho dañoso,³³⁶ o a la amenaza del daño, y centran su estudio de cara a la causalidad.³³⁷

de mitigar el daño”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, 41, 2013, p. 53 que: “se considera que está basado tanto en el principio de la buena fe en el comercio internacional como en una cuestión de carácter económico, al intentar desincentivar conductas pasivas que permitan la agravación del daño que hubiere podido ser evitado”.

³³¹ TRONCOSO, M., *op. cit.*, p. 381.

³³² Prescribe la norma citada que “Si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito, no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”.

³³³ GAMBOA MAHECHA, E., *op. cit.*, p. 5. Más adelante vuelve el autor sobre el mismo punto (p. 18).

³³⁴ TRONCOSO, M., *op. cit.*, pp. 383 - 384, sostiene que “los argumentos económicos aunque pueden explicar perfectamente la utilidad de la obligación, no están llamados a ser la razón de la existencia de la obligación de moderar el daño como una norma de derecho, cuyo objetivo esencial es la armonía social. Tampoco la buena fe como fundamento de esta obligación es convincente en la medida que es un criterio subjetivo que tiende a “moralizar” las relaciones contractuales, lo cual no solamente es innecesario sino que puede llevar al juez a tomar decisiones injustas”. Más adelante, expone la autora que “La obligación de moderar el daño es el resultado de la aplicación de la teoría de la causalidad que permite una reparación objetiva del daño” (p. 391).

³³⁵ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, op. cit., p. 129, quien prescribió que “podemos señalar que el “deber” de evitar el daño era ampliamente reconocido por los juristas romanos, tanto en materia contractual como extracontractual. Su fundamento se encontraba en la culpa del perjudicado, en virtud de ésta se establecía un nexo causal entre el daño sufrido y la actitud negligente del mismo sujeto”.

³³⁶ PIZARRO, R. D., op. cit., p. 268, quien indicó que “por nuestra parte, pensamos que tanto la reglas que regulan el hecho de la víctima, cuanto las que derivan de la aplicación del principio de la buena fe, pueden y deben ser computadas útilmente para calibrar la incidencia que el hecho posterior de la víctima pueda tener en el caso que nos ocupa”. Igualmente, MORENO MARTÍNEZ, J. A., op. cit., pp. 97 - 98: “Según cierto sector doctrinal, al cual nos adherimos, se ha querido encontrar el fundamento o entronque del deber de mitigación en una clara manifestación o reflejo de la denominada causalidad jurídica. En efecto, dicho sector, sirviéndose de la conocida distinción entre causalidad fáctica o física y jurídica, ha precisado que el deber de mitigar no responde a problema de concurrencia de responsabilidad del agraviado con el agente – cuestión reservada a la causalidad fáctica- , sino a una cuestión ulterior de valoración jurídica de las conferencias que deben ser atribuidas al responsable el hecho ilícito –o del incumplimiento contractual”.

³³⁷ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., pp. 100 – 103, en donde se dijo que “A su turno, en lo que concierne con su ubicación temática, tampoco hay pleno acuerdo en sede doctrinal y jurisprudencial, como quiera que no siempre se ubican o incardinan estos deberes en un mismo continente temático. Lo más frecuente, empero, es que se haga dentro del tema del daño, tal y como lo hace, por vía de ejemplo, don LUIS DíEZ-PICAZO [sic], quien se refiere al *deber de mitigar los daños* en aparte reservado al *daño indemnizable*, aun cuando otros renombrados exponentes hacen lo propio (*deber de la víctima de contribuir a la disminución del daño*) [sic], pero en el marco de la *relación de causalidad*, como el profesor RICARDO de ÁNGEL YÁGÜEZ [sic]. De hecho, la *communis opinio* entiende que, en el fondo, el problema de la evitación y la mitigación estriba en la causalidad jurídica, en la que halla albergue y plena justificación. [...] A su vez, hay doctrinantes que también analizan el principio de *mitigación del daño* con motivo de auscultar la *buena fe contractual*”. Igualmente, indicó PIZARRO WILSON, C., op. cit., p. 73, que: “Variadas son las aproximaciones teóricas que se han entregado para justificar en perspectiva jurídica el deber de minimizar el daño. Desde la simple lógica económica, el principio entre los principios de buena fe y la simple causalidad. El primer argumento, según lo ya dicho, no parece suficiente, pues sólo explicaría la necesidad de reflexionar sobre su fundamento jurídico y aceptación en el respectivo ordenamiento jurídico. La buena fe ha sido un argumento recurrente, aunque criticado por estirar demasiado este deber, aún más allá de lo razonable, pues mal que mal ha sido el deudor quien rompió su palabra y ahora el comportamiento “leal” implicaría proteger su identidad patrimonial reduciendo el impacto de los perjuicios. Es cierto que parece excesivo recurrir a la buena fe, más aún si la premisa de comportamiento leal no parece alcanzar una actividad de “santos”, sino de hombres comunes y ordinarios. Por eso, en mi opinión, y en esto hay escasa originalidad, el argumento más adecuado para justificar el deber de minimizar el daño, consiste en la causalidad, pues como lo señala el artículo 1558 CC., el deudor es sólo responsable de los daños que son una consecuencia directa e inmediata de su incumplimiento, salvo la hipótesis de infracción dolosa”. El artículo citado corresponde a la legislación chilena, el cual prescribe que “Si no se puede imputar dolo al deudor, sólo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron

Finalmente, otro sector lo fundamenta en el deber genérico de no causar daño a otro, tal y como lo señala DOMÍNGUEZ HIDALGO:

“[o]tro argumento a favor del reconocimiento de la conducta de mitigar el daño por la víctima o acreedor debe encontrarse en el principio general de no causar daño a otro, reconocido en nuestra legislación civil el que es plenamente aplicable al caso pues no existe razón alguna que pueda liberar a nadie de esa obligación. Ni siquiera la condición de víctima puede autorizar una excepción. Esa regla debe ser aplicada incluso cuando se trate de una abstención de la víctima que agrava el daño y que, por lo mismo debe ser considerada culpable. Poco importa que esa conducta pase por la agravación del daño por ella sufrido. Esa circunstancia particular no autoriza a conferirle un poder arbitrario de dañar. Por ello cuando la abstención de la víctima puede ser considerada como una negligencia la víctima puede ser obligada a minimizar su daño. Y ello se trate tanto de responsabilidad contractual como extracontractual”.³³⁸

4.1.3. Implicaciones y contenido

Su incumplimiento genera consecuencias en la indemnización de perjuicios.³³⁹ Sólo el daño que no era minimizable se indemniza, todo lo evitado o minimizado

preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron una consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento. La mora producida por fuerza mayor o caso fortuito no da lugar a indemnización de perjuicios. Las estipulaciones de los contratantes podrán modificar estas reglas”, consultado en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>, recuperado el 28 de febrero de 2020.

³³⁸ DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., *op. cit.*, p. 135.

³³⁹ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, *op. cit.*, p. 116, en donde se sostuvo que “Hay hoy pues claridad plena en que el *quantum* del daño, en efecto, puede y debe ser moderado, o modulado cuando la víctima-acreedora incumple los deberes de evitación y

se excluye,³⁴⁰ y todo gasto en que se incurra tratando de minimizar o evitar, constituye un nuevo perjuicio que debe ser indemnizado.³⁴¹

mitigación del daño, en concreto por la no adopción de medidas evitadoras o mitigadoras, con arreglo a las circunstancias del caso individual”. Igualmente, ver ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., *op. cit.*, p. 183, quienes indicaron que “La víctima tiene el deber de contribuir a la disminución del daño. Por tanto, no deberán resarcirse aquellas consecuencias dañosas que haya producido la actitud negativa injustificada de la víctima a reducir el daño inicialmente causado”, y ROJAS QUIÑONES, S., *Responsabilidad civil. La nueva tendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*, Ibañez, Bogotá, 2014, pp. 535 - 536, al señalar que “en el escenario de la responsabilidad en general y, por contera, de la responsabilidad por la infracción del deber de cooperación, es necesario que la víctima cumpla con el deber de mitigar el perjuicio causado, dentro de los límites de la conducta prudente y diligente que le resulta exigible. De lo contrario, se le descontará del monto de su indemnización el valor del mayor perjuicio generado con ocasión de su actitud pasiva u omisiva. Asimismo, los gastos razonables en que incurra por razón de dicha mitigación, deberán serle reconocidos por el agente favorecido por ella, que, las más de las veces, será el victimario”.

³⁴⁰ Así se consagra en el artículo 77 de la Convención de Viena sobre la compraventa internacional de mercaderías: “La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida”, consultado en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>, recuperado el 20 de febrero de 2020.

³⁴¹ TRONCOSO, M., *op. cit.*, p. 376, sostiene que “como consecuencia de la inobservancia, todas las normas plantean lo mismo: la reducción de la indemnización en forma proporcional a la fracción del daño que hubiera podido ser evitada”. En ese mismo sentido, JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, *op. cit.*, pp. 156 - 157, expone que en el Derecho anglosajón se han sentado tres reglas: el daño evitable queda por fuera de la reparación, así como el efectivamente evitado o mitigado, y; los gastos sufridos, de cara a la evitación o mitigación, constituyen un nuevo daño indemnizable. Igualmente, señala VON TUHR, A., *op. cit.*, p. 64, que “Las medidas que el perjudicado adopte para evitar el daño o reducirlo, siempre que sean racionales, son a costa del obligado a indemnizar”. También es claro CÁRDENAS MEJÍA, J. P., *op. cit.*, p. 463 cuando señala que “La consecuencia del incumplimiento del deber de mitigar el riesgo es que la víctima no podrá reclamar el daño que pudo haber reducido, pero queda la pregunta de si puede reclamar los costos en que incurrió para mitigar el riesgo. La respuesta es positiva, pues al mitigar está actuando no solo en su propio beneficio, sino en el del autor del daño y por ello, este debe asumir el costo correspondiente”. En igual sentido DE CUEVILLAS MATOZZI, I., *op. cit.*, p. 167: “el deber de mitigar tiene dos reglas primordiales: una negativa, que no otorga el resarcimiento de aquella pérdida que pudo haberse evitado con un esfuerzo razonable limitando la indemnización al coste de las medidas que debieron ser adoptadas; y otra positiva, que exige el resarcimiento de todos los gastos que la adopción de medidas mitigadoras *ab initio* razonables haya ocasionado, aunque hayan resultado un fracaso”. Esta misma distinción entre el aspecto positivo y negativo del deber de mitigar el daño se

En palabras de DE CUEVILLAS MATOZZI:

“No se trata de una obligación cuyo cumplimiento pueda exigirse jurídicamente por el causante del daño, sino de una carga cuyo incumplimiento sólo precluye el resarcimiento de aquellas pérdidas que podían haberse evitado o minorado. Se trata, por tanto, de un criterio esencial para la determinación de la extensión cuantitativa del resarcimiento (*measurement of damages*), aplicable una vez se haya determinado la resarcibilidad del daño concreto en virtud de los criterios de causalidad –*but for test*- y de imputación objetiva del daño –*remoteness of damage*- y sus derivados: *foreseeability y contemplation of the parties*”.³⁴²

Esto implica, entonces, que “uno pues será el daño sufrido, y otro el daño resarcible”.³⁴³

encuentra en PIZARRO WILSON, C., *op. cit.*, p. 55. Asimismo, señala UGARTE MOSTAJO, D., *op. cit.*, pp. 123 - 124, que “la jurisprudencia inglesa desarrolló el *duty of mitigate* formulando las siguientes reglas: 1) El perjudicado no puede reclamar la indemnización de los daños que podía haber evitado adoptando las medidas razonables adecuadas a las circunstancias. 2) El daño mitigado no es compensable. 3) Si el perjudicado incurre en gastos o pérdidas de importa razonable con ocasión de su actuación mitigadora, podrá recuperarlos”.

³⁴² DE CUEVILLAS MATOZZI, I., *op. cit.*, p. 164.

³⁴³ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, *op. cit.*, p. 335. Así mismo lo señala ZURITA MARTÍN, I., *op. cit.*, p. 7: “en el ámbito contractual es unánimemente aceptado que con el término mitigation se pretende hacer referencia a un principio o doctrina general que se descompone generalizadamente en tres reglas básicas: a) La primera y más importante –denominada the avoidable loss rule-, sostiene que el demandante no puede recuperar la pérdida que podía haber evitado mediante una actuación razonable. El demandante debe, pues, llevar a cabo todos los actos razonablemente necesarios para mitigar el daño. b) La segunda –a menudo llamada the reasonable expenses rule-, proclama que el demandante puede reclamar las pérdidas en que hubiese incurrido al llevar a cabo intentos razonables de minimizar el daño, aunque no fueran exitosos. c) Y la tercera –típicamente descrita como avoided loss rule-, determina que el demandante no puede reclamar la pérdida de hecho evitada mediante la actuación después del incumplimiento, incluso si dicha conducta fue más allá de lo que requería la avoidable loss rule, a menos que el beneficio obtenido por el demandante fuera “colateral”, esto es, indirecto o independiente de los actos propiamente mitigadores del deudor. El daño resultante puede

De otro lado, si bien el artículo 1616 del Código Civil colombiano³⁴⁴ establece que sólo los perjuicios previsibles, en asuntos de responsabilidad contractual, son indemnizables, salvo que medie dolo o culpa grave del deudor, no es posible pretender una exoneración para el pago de los gastos de evitación o mitigación por su imprevisibilidad, en tanto, es previsible que, ante un incumplimiento, el acreedor deberá incurrir en gastos para aminorar sus efectos.³⁴⁵

En asuntos de responsabilidad contractual, se ha dicho que esta carga de minimizar el daño se traduce en actuar de forma rápida, para evitar que el deudor suponga que se tolera el incumplimiento; buscar una prestación equivalente a la incumplida, acudiendo al mercado sustituto; e, incluso, aceptar una prestación diferente a la debida,³⁴⁶ siempre que así se cause un menor perjuicio, aclarando que no por ello se tolera el incumplimiento. Estas hipótesis no constituyen una lista taxativa sino meramente enunciativa, en tanto lo fundamental, será establecer la razonabilidad³⁴⁷ de las medidas adoptadas -lo cual se analizará en cada caso en concreto-,³⁴⁸ entendiendo por estas, aquellas que son adecuadas “para la

incluso haber sido mayor que si el demandante no hubiese intentado razonablemente mitigarlo. El demandante, en definitiva, no puede reclamar las pérdidas que efectivamente hayan sido evitadas”.

³⁴⁴ El artículo fue previamente transcrito (ver la nota al pie 332).

³⁴⁵ En ese mismo sentido, ver SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, op. cit., p. 406.

³⁴⁶ Así lo señala PIZARRO WILSON, C., op. cit., p. 75. En sentido contrario, ver RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., op. cit., p. 137, quien sostiene que “la obligación de mitigar el daño tampoco implica que el afectado con el incumplimiento deba aceptar nuevos términos o condiciones impuestos por la parte que incumple el contrato cuando estos van en detrimento de la víctima del incumplimiento”. Al respecto, con la salvedad indicada, no vemos ningún inconveniente con aceptar, al menos provisionalmente, una prestación diferente a la inicialmente pactada. De hecho, esa es la esencia misma del deber de mitigar el daño.

³⁴⁷ En este mismo sentido, ver JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., p. 180.

³⁴⁸ ZURITA MARTÍN, I., op. cit., p. 10. Otra corriente propone un planteamiento en sentido inverso, es decir, expone las conductas que no debe realizar la víctima en aras de mitigar o evitar el daño: “Al efecto, sostiene

consecución del fin de la norma –que en este caso es evitar la extensión y propagación del siniestro- y, si el monto de los gastos para lograr ese fin son inferiores al monto en que se habría reducido la obligación indemnizatoria de la aseguradora”.³⁴⁹

Ahora, Tratándose de afectaciones de tipo corporal,³⁵⁰ surge para la víctima el derecho-deber de recibir tratamiento médico. En caso de negarse de manera injustificada, se entiende que el causante de esa no recuperación, fue la víctima misma, en tanto incumplió el deber de mitigar su daño,³⁵¹ “a menos que el mismo

que el perjudicado: (a) no está llamado a arriesgar demasiado su dinero; (b) no está llamado a arriesgar excesivamente su persona en manos de cirujanos; (c) no necesita tomar el riesgo de un litigio incierto contra un tercero; (d) no necesita destruir o sacrificar sus propios bienes o derechos; (e) no necesita intentar el resarcimiento de aquellas partes que, conjuntamente con el demandado, son responsables hacia él; (f) no está llamado a perjudicar su reputación comercial; (g) no necesita perjudicar personas inocentes; (h) no debe resultar perjudicado por su incapacidad financiera para adoptar las medidas de mitigación”. Ver SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, op. cit., p. 395.

³⁴⁹ GAMBOA MAHECHA, E., op. cit., p. 6. Se precisa que aunque la cita se refiere a las aseguradoras, el análisis es extensivo a cualquier clase de beneficiario.

³⁵⁰ Entendiendo por este, la afectación a la integridad físico-biológica de la persona.

³⁵¹ MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., op. cit., p. 72, en donde se dijo que “La cuestión de determinar si existe una culpa de la víctima es particularmente delicada cuando se trata de la negativa a sufrir una operación o a seguir un tratamiento. Supóngase una persona herida en un accidente no puede servirse ya de una de sus manos. Pero el autor del daño afirma –y presenta en ese sentido testimonios médicos autorizados- que si la víctima consiente en sufrir una operación o en seguir un tratamiento apropiado, recobrará el uso de esa mano y, en consecuencia, no sufrirá ya ningún perjuicio. Por descontado, el tribunal no puede hacer que se opere o que se cuide contra su voluntad el herido. Pero, ¿no puede ver en la negativa opuesta por la víctima una culpa y basarse sobre esa culpa para disminuir o incluso suprimir la reparación? Ciertamente, habría culpa en negarse a cualquier especie de cuidado. El herido que se negara a que se tocara su herida no tendría que quejarse, evidentemente, sino de sí mismo por las resultas de su actitud”. En ese mismo sentido, SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, op. cit., p. 398, indicó que “en conclusión, al perjudicado no se le puede exigir que ponga en riesgo su propia vida, por consiguiente no estará llamado a someterse a operaciones quirúrgicas objetivamente peligrosas. Pero no revistiendo tal peligro, sí tiene la carga de someterse a todo tratamiento médico y operación que no sean excesivamente arriesgados para evitar males mayores”.

entrañe un riesgo para su salud o vida”.³⁵² Es decir, si la negativa de la víctima a recibir el tratamiento médico está fundamentada en el riesgo excesivo del mismo, no se genera ninguna consecuencia, mientras que, si, por el contrario, su decisión es infundada, deberá esta asumir las consecuencias de la negativa.³⁵³

“Existen casos en los que la víctima adopta una posición que puede ser nociva para ella misma y para otros. La víctima no debe abusar de sus derechos, el abuso se materializa cuando en el ejercicio de los mismos se amenaza el derecho de otro. Es decir, cuando la víctima deja que el daño se agrave, traslada una carga sobre el interés público o sobre aquél del responsable, mayor a la carga que él debería soportar. Todo depende de las circunstancias. Ciertamente, la víctima conservará siempre su derecho a rechazar un tratamiento pero en ciertos casos deberá entonces asumir la

³⁵² GAVIRIA CARDONA, A., *Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios*, op. cit., p. 51. En ese mismo sentido, ver JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., pp. 321 – 327.

³⁵³ Así lo indica DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978, pp. 114 - 115: “Cuando la atenuación puede obtenerse mediante una operación quirúrgica o la aplicación de un tratamiento médico, la doctrina opina que es deber del perjudicado someterse a una y otra, siempre que no impliquen riesgos excesivos, resultados aleatorios o graves sufrimientos. En otras palabras, el perjudicado no puede exigir reparación por los daños que hubiera podido eliminar con operaciones o tratamientos que entren “dentro de los límites de lo razonable”, en expresión tan grata a la doctrina anglosajona y utilizada por ella en este punto en concreto. En nuestro país [España], como dice SANTOS BRIZ, la jurisprudencia se ha pronunciado por la tesis de que es deber del lesionado someterse a operación que sea relativamente fácil y no revista peligro, ofreciendo una segura perspectiva de curación o mejoría”. En igual sentido, ver MORENO MARTÍNEZ, J. A., op. cit., p. 96, quien señala que: “ciertos tratamientos médicos, que no supongan riesgos ni dolencias, deben quedar excluidos de la referida libertad de decisión por parte del perjudicado. En otras ocasiones, aun comportando algún riesgo, pero indudable potencialidad de mejoría, formarían parte de la libertad de decisión de la víctima, pero, como contrapartida, deberían ser asumidas las consecuencias de agravamiento por parte de ésta”.

consecuencia de su comportamiento y soportar ella sola los gastos que la agravación [o no mejoría] causada por este rechazo implica”.³⁵⁴

Ahora, ¿podríamos pensar que la negativa a recibir atención médica es una culpa de la víctima? De ninguna manera. Actuar de conformidad con nuestros principios y creencias no puede ser entendido como una culpa.³⁵⁵ Pese a ello, en tanto lo relevante no es la presencia de una culpa, la consecuencia no podrá ser una condena plena de perjuicios en contra del responsable-demandado.

Es decir, obedeciendo a que fue la negativa al tratamiento médico una de las causas del fallecimiento; la negativa no puede quedar impune al ordenamiento jurídico, debe tener alguna consecuencia. ¿Qué más consecuencia que entender que ese actuar configura un hecho de la víctima, el cual debe implicar, cuando menos, una reducción del monto indemnizatorio, en atención a que no fue la única causa del daño?, y es que, “[l]a autorresponsabilidad, afirma De Cupis, es concebida como una hipótesis de responsabilidad que, en vez de proyectarse hacia un sujeto extraño, se proyecta hacia la misma víctima, siempre que se reúnan todos los recaudos de un delito o un cuasidelito civil”.³⁵⁶

Luego,

“no en vano, el concepto de reparación integral no está llamado a patentar, sin límites atendibles, cualquier conducta del acreedor o de la víctima, a pretexto de que, a toda costa, se le debe resarcir íntegramente, como si no importare su comportamiento. Por fortuna, este tipo de salvoconductos, y

³⁵⁴ TRONCOSO, M., *op. cit.*, p. 390.

³⁵⁵ BARROS BOURIE, E., *op. cit.*, p. 433, en donde se indica que “Los límites con la libertad constitucional de creencias religiosas son sutiles: se puede estimar que actúa a su propio riesgo (y no del tercero) [sic] quien profesa un credo que le impide actuar de acuerdo con las expectativas generales de comportamiento recíproco”.

³⁵⁶ MOSSET ITURRASPE, J., *op. cit.*, p. 76.

con razón, no están permitidos en el contenido del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, conforme al cual la valoración de los daños será realizada por los jueces no sólo atendiendo el principio “de reparación integral” sino también el de “equidad”, con todo lo que él supone, muy especialmente en el sentido de rechazar la consabida inmunidad del perjudicado, que tiene derechos, sí, pero también deberes, y que no puede abusar de aquellos, según lo confirma perentoriamente la Constitución Política en su artículo 95”.³⁵⁷

Se itera que, en últimas, las medidas de evitación o mitigación siempre deben ser razonables, de lo contrario, no serán tenidas en cuenta al momento de resarcir el perjuicio:

“[e]n todo caso, la víctima no puede evitar el daño a cualquier costo: ella está siempre constreñida por los límites de lo razonable. El perjudicado deberá realizar el análisis costo-beneficio de la operación necesaria para circunscribir el daño, y la decisión de actuar deberá adoptarse solo si el costo de la intervención es menor al daño que se pretende evitar. En consecuencia, la víctima que adopte medidas extremadamente gravosas, que no resulten razonables atendido el caso concreto, deberá soportar el

³⁵⁷ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., p. 112. Reza el artículo citado que “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios; 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas; 3. Respetar y apoyar a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales. 4. Defender y difundir los derechos humanos como fundamento de la convivencia pacífica; 5. Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país; 6. Propender al logro y mantenimiento de la paz; 7. Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia; 8. Proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano; 9. Contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado dentro de conceptos de justicia y equidad”.

exceso de costo, pues el deudor deberá solo hasta el monto de lo razonable”.³⁵⁸

De hecho, la Corte Suprema de Justicia de Colombia así lo ha entendido:

“[r]esulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos perjudiciales, pues solo de esta manera su comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido”.³⁵⁹

³⁵⁸ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, op. cit., p. 405. Igualmente, señala GÓMEZ CALLE, E., “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, en *Anuario de Derecho Civil*, LXV, I, Madrid, enero -marzo de 2012, p. 92, que “el acreedor falta a su deber de mitigar los daños si incurre en gastos innecesarios o irracionales, u omite dar pasos razonables para reducir el daño (v. gr. rechaza la posibilidad que se le ofrece de alquilar un vehículo en otra compañía distinta de aquella con la que inicialmente lo contrató y que no puede procurárselo, quedándose así sin las vacaciones proyectadas; la indemnización debe limitarse al daño sufrido por el acreedor si hubiera actuado razonablemente, aceptando la sustitución de vehículo; esto es, a la diferencia de costes entre los dos transportes y la compensación por las molestias derivadas del cambio) [sic]”. Igualmente, UGARTE MOSTAJO, D., op. cit., pp. 126 - 129 expresa la forma en que la figura se ha regulado en diversas legislaciones, tales como la Italiana y la alemana, así como en diversos instrumentos internacionales, tales como la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías, los Principio del Derecho Europeo de Contratos, UNIDROIT, entre otros. Asimismo PIZARRO WILSON, C., op. cit., pp. 52 - 55 y ZURITA MARTÍN, I., op. cit., pp. 15 – 17, realizan un recuento de la aplicación de la figura en legislaciones extranjeras e instrumentos internacionales.

³⁵⁹ Sentencia del 16 de diciembre de 2010, citada en OVIEDO ALBÁN, J., “Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010”, en *Revista IUSTA*, Bogotá, 36, enero - junio de 2012, p. 51.

4.1.4. Prueba

Su prueba dependerá de lo que se pretenda al ser invocado:³⁶⁰ si se está pidiendo un perjuicio adicional, a título de gastos para tratar de mitigar, le corresponderá a la víctima-demandante establecerlo;³⁶¹ por el contrario, si lo que se busca es alegar su incumplimiento para reducir el monto indemnizatorio, deberá el responsable-demandado demostrar que la víctima incumplió con su deber de mitigar el daño.³⁶²

Es necesario precisar, además, que en caso de usarse como medio de defensa, el incumplimiento del deber de mitigar o evitar el daño, configura una de las

³⁶⁰ JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., pp. 197 - 214.

³⁶¹ *Ibid.*, p. 212, en donde se indicó que “Por tratarse de una nueva petición relativa al pago de una suma de dinero, esta vez enfocada en el reembolso de los gastos de mitigación [o evitación], es claro que, de ordinario, debe formularse como otra pretensión en el líbello presentado por la víctima. Obsérvese entonces que lo que tiene lugar en este caso es solicitar un reembolso por unos gastos específicos, por lo que dicha compensación debe figurar en el *petitum* de la demanda que formule la víctima, para que pueda ser reconocido por el juez que conozca de la causa. Si ello no se hace así, esto es, si los gastos no son específicamente solicitados por la víctima demandante, a la par que acreditados, el sentenciador no podrá reconocerlos, comoquiera que el principio de congruencia, en estricto rigor, aquí si se lo impediría. Ciertamente, conceder un rubro específico que no fue solicitado en la demanda, *a priori* constituiría un fallo *extra petita*, en los términos tradicionales en que se conoce en la doctrina procesal”.

³⁶² En sentido contrario, ver TRONCOSO, M., op. cit., p. 378, quien sostiene, sin distinción alguna, que siempre el responsable deberá acreditar que la víctima incumplió su deber de mitigar. Tesis también sostenida por RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., op. cit., p. 140 y MORENO MARTÍNEZ, J. A., op. cit., p. 108: “La carga de la prueba corresponderá al demandado o agente del daño, pues será él [sic] que se beneficie de la disminución de la cuantía a indemnizar”. Igualmente, ZURITA MARTÍN, I., op. cit., p. 13, indica que “Corresponde al demandado probar que el demandante no llevó a cabo las actuaciones razonables para mitigar el daño. No es suficiente que la parte que incumplió demuestre que hubiera sido razonable tomar las medidas por él propuestas, sino que es necesario también evidenciar que era irrazonable que la parte cumplidora no las tomara. Ello pone de manifiesto que puede existir una diversidad de medidas razonables que el acreedor puede llevar a cabo, sin que el deudor tenga derecho a determinar su elección. Tan solo en el caso de que el deudor demuestre fehacientemente que el acreedor tomó una medida de forma irrazonada en relación a su deber de mitigar, aquel podrá defenderse con éxito”.

excepciones de mérito que puede ser reconocida, incluso, de manera oficiosa, siempre que haya sido acreditada en el proceso. Es decir, no debe el demandado invocar la configuración del incumplimiento de la mitigación o evitación del daño, en tanto le bastará con probar su configuración.³⁶³

4.2. Los supuestos de infracción del deber de mitigación como hecho de la víctima.

Existen corrientes que entienden que el deber de mitigar el daño es diferente al hecho de la víctima como causa exonerativa:³⁶⁴

“[n]o debe confundirse el daño que es causado con participación de la víctima, y el concepto de agravación del daño. En la primera situación la

³⁶³ En ese mismo sentido, ver JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, op. cit., p. 208, y SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, op. cit., p. 415. Igualmente, en este punto se remite al lector a lo dicho en el apartado 3.1., con relación a la declaratoria oficiosa de la teoría de los actos propios.

³⁶⁴ UGARTE MOSTAJO, D., op. cit., p. 143, señala que: “se ha dicho que es preciso distinguir entre la categoría genérica de “daños imputables al acreedor” y los distintos supuestos específicos cuya diferenciación dependerá de la concurrencia o no de conductas y del momento en que la misma se manifieste. De este modo, se arriba a una clasificación tripartita de daños imputables al acreedor que contempla los siguientes tipos: a) daño imputable al acreedor en sentido estricto; representado por aquel daño en cuya causación solo intervino la propia conducta del perjudicado; en otras palabras, el daño es de autoría exclusiva del perjudicado (fractura causal) [sic]; b) daño a cuya producción o extensión ha contribuido el acreedor; en el que la conducta del acreedor no ha sido la causa exclusiva de los daños, sino que, o bien ha coadyuvado con el incumplimiento del deudor o bien con extender la cuantía de los daños (concausa o concurrencia de culpas) [sic]; y c) daño que pudo ser objeto de mitigación; aquel daño cuyo curso causal fue iniciado exclusivamente por la conducta del deudor (incumplimiento) [sic], pero que pudo ser mitigado si el acreedor hubiera adoptado una serie de medidas que según las circunstancias resultaban razonables. En este último supuesto, el deber de mitigar recién nace cuando el daño ya se ha producido por el incumplimiento del deudor, por lo que el deber de la víctima se orienta a impedir su agravamiento. En otras palabras, no es el mero incumplimiento lo que activa el deber de mitigar, sino la existencia de un daño ya causado por el deudor”.

víctima es también responsable del daño que padece, mientras que en la segunda situación el daño ha sido causado entera y exclusivamente por un tercero a quien le es efectivamente imputado. En esta situación por ejemplo, es importante hacer la diferencia entre daño y perjuicio.

Cuando la víctima es agente activo en la ocurrencia del daño, de forma parcial o total, nos encontramos ante una situación de exoneración de responsabilidad por parte del tercero de forma parcial o total, y las reglas aplicables son diferentes a aquellas que son aplicadas cuando la víctima es responsable de la aparición de nuevos perjuicios después de causado el daño”.³⁶⁵

³⁶⁵ TRONCOSO, M., *op. cit.*, p. 356. En ese mismo sentido, SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, *op. cit.*, p. 362, expone que “en síntesis, para los autores alemanes la diferencia entre la culpa de la víctima y el deber de evitar el daño radica en que mientras la primera se refiere a una actitud imputable que contribuye a la generación del propio daño, el deber de evitar el daño hace referencia al deber jurídico que impone la necesidad de actuar a fin de evitar el daño que amenaza, o reducir aquel ya producido, y cuya omisión constituye una culpa en el verdadero sentido de la palabra”. Igualmente, la autora plantea la distinción entre las dos figuras en Italia, indicando que el hecho de la víctima es un fenómeno causal, mientras que el deber de mitigación, atañe al *quantum* del perjuicio (p. 363). También, en HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 798, se indica que “es preciso separar las dos hipótesis: la del obstáculo proveniente del acreedor para la ejecución de la prestación por parte del deudor, que implicará la extinción total o parcial de la deuda, en la medida del influjo de aquel en el resultado, y la de la agravación del daño por culpa del mismo acreedor, que desembocará en el no reconocimiento de todo aquel mayor estrago que tenga dicho origen, o sea por no haber obrado con la diligencia y la “razonabilidad” debidas”. En igual sentido se expresa DE CUEVILLAS MATOZZI, I., *op. cit.*, pp. 165 - 166: “En los derechos civiles continentales, tanto la doctrina como la jurisprudencia no han prestado demasiada atención al principio citado, e incluso, lo han confundido en las contadas ocasiones en que se han referido al mismo con otra figura ya analizada como es la “conurrencia de causas”, como ha ocurrido con los juristas franceses. Este panorama se oscurece aun más cuando en la promulgación del Código Civil alemán se recoge bajo un mismo epígrafe *Mitverschulden*, tres supuestos que lo único que tienen en común es que conducen a una reducción de la indemnización como consecuencia de la conducta del agraviado, como son el caso de la “conurrencia de culpas en la causación del daño “(*Mitverursachung*, art. 254. I) [sic]; la falta de comunicación del riesgo extraordinariamente alto –como criterio de determinación de la causalidad adecuada- y el incumplimiento del deber de mitigar el daño (art.254. II *in fine*) [sic], que, a diferencia de los anteriores, entra en juego una vez producido el daño, aunque el resultado práctico sea el

De otro lado, DOMÍNGUEZ ÁGUILA expone que:

“El deber de minimizar el daño tiene, evidentemente, una cierta conexión con la culpa concurrente de la víctima, en cuanto la actividad u omisión de esta habrá de considerarse en el monto de la reparación final; pero, en un caso, porque la víctima es parte de la causa de su propio daño, mientras, en el otro, porque una vez iniciado el curso causal, no ha intervenido para detenerlo en sus efectos o para aminorar sus consecuencias. Se trata de un *novus actus interveniens*, que debería mediar entre el hecho del demandado que inicialmente causa todo el daño y el daño final y que al no producirse dirime en parte el nexo causal. Es la doctrina de las *avoidables consequences rule* del Derecho norteamericano, aplicable tanto en daños a la propiedad, como a las personas y aun en materia contractual, y tan conocida que un autor hace ya cincuenta años escribió que “este principio es tan reconocido que la cita de casos sería superflua”. Se distingue de la *contributory negligence*, pues ésta cierra al demandante la posibilidad de accionar por todo el daño sufrido, mientras aquella sólo impide recobrar los daños que la víctima pudo impedir”.³⁶⁶

mismo [...] Son dos hechos diferentes: la concurrencia de culpas exige, según afirma Soler Presas, que tanto el demandante como el demandado participen en la causación del daño, excluyéndose del resarcimiento aquella pérdida que se deba al comportamiento negligente del demandante, no a la actuación del demandado. En cambio, el deber de mitigar surge en cabeza del acreedor del resarcimiento en un momento posterior. Su aplicación presupone que el daño haya sido causado exclusivamente por el comportamiento del demandado, sin que pueda imputarse la posterior extensión o propagación de las consecuencias de dicho daño un nuevo curso causal introducido por el demandante”. De otro lado, señala MORENO MARTÍNEZ, J. A., *op. cit.*, p. 98, que “de ahí a que se aluda por ciertos autores a que dicho deber nada tiene que ver con el nexo causal, pues opera como un criterio propiamente de limitación del daño resarcible”. Igualmente, indica GÓMEZ CALLE, E., “La contribución de la víctima a la causación del daño”, *op. cit.*, p. 238 que el hecho de la víctima y el deber de mitigar se diferencian en el momento en que este se produce.

³⁶⁶ DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., *op. cit.*, p. 152. Asimismo, señala ZURITA MARTÍN, I., *op. cit.*, pp. 8 - 9, que: “En otro orden de cosas, el deber de mitigación se encuentra estrechamente relacionado con el principio de concurrencia de culpas o negligencia coadyuvante (*contributory negligence*) [sic], aunque no sean una

Se tiene entonces que para un sector de la doctrina el deber de mitigar es una institución diferente al hecho de la víctima, en tanto en esta el daño es causado bien sea de manera exclusiva o concurrente por la víctima, mientras que en la primera, el daño es causado plenamente por el responsable, pero la víctima, una vez causado, no hace nada para evitar que este se extienda o propague, es decir, es un criterio netamente temporal, que les permite afirmar que en el hecho de la víctima la discusión se plantea en términos de causalidad, mientras que en el incumplimiento del deber de mitigar, la discusión viene dada frente al *quantum* indemnizatorio, discusión que es artificiosa, tal y como se verá más adelante.

misma cosa. En el caso de la culpa concurrente el acreedor contribuye en su origen a la producción de los daños - coadyuvando al incumplimiento o a elevar el efecto de las pérdidas- junto con el causante de los mismos, mientras que en el ámbito de la mitigación, la actuación del acreedor resulta relevante con posterioridad, una vez acaecidos los daños provocados por culpa exclusiva del deudor. En el derecho contractual inglés ambos conceptos se han desarrollado de forma por completo separada y requieren tratamiento diferenciado. Sostiene la doctrina que el principio de la culpa concurrente, que se aplica comúnmente en el derecho de daños, lo hace raramente en el ámbito del incumplimiento contractual, en el que la responsabilidad es estricta y no depende de la culpa. Así, un vendedor de productos defectuosos será considerado plenamente responsable por los daños causados en parte por el uso negligente de los compradores, salvo que sea culpa exclusiva de estos. No obstante, las resoluciones judiciales han sido contradictorias, especialmente hasta la *Law Reform (Contributory Negligence)* [sic] Act 1945, que se entiende aplicable en los casos en que, paralelamente, surge responsabilidad contractual y extracontractual armonización en el tratamiento de esta cuestión, considerando ilógica la separación entre *contributory negligence* y *duty of mitigation*, en tanto ambos conceptos se refieren a la contribución del acreedor en la producción de los daños debido a su comportamiento irrazonable. Finalmente, debe precisarse que el deber de mitigación solo surge una vez producido el incumplimiento del contrato, no con anterioridad al mismo (*anticipatory breach*) [sic]. Se entiende que el deber de mitigar aparece como respuesta al incumplimiento del deudor, de lo que se deriva que el acreedor no se encuentra bajo tal deber hasta tanto aquel haya incurrido en un incumplimiento efectivo, esto es, a menos que el *anticipatory breach* sea *repudiatory and accepted*; dicho en otros términos, no existe un *anticipatory duty to mitigate*. No obstante, como puntualiza algún autor, el deber de mitigar puede nacer en el momento en que el daño resulte razonablemente previsible como resultado del incumplimiento de un deber y, por tanto, podría surgir antes del *relevant breach*".

Debemos apartarnos de los apartados transcritos, en tanto, de acuerdo con los requisitos de configuración, es más que evidente la coincidencia de figuras entre el deber de mitigar el daño y el hecho de la víctima.

Recuérdese que, tal y como se indicó en el **numeral 2.2.**, para que se configure un hecho de la víctima, se requiere de un hecho externo, imprevisible e irresistible para el responsable.

El incumplimiento de la carga de mitigar el daño, por parte de la víctima, reúne estas tres condiciones, en tanto, para el agente dañador, no es previsible ni resistible la actuación de la víctima, que, de entrada, le es ajeno, toda vez que su actuación no fue causada por él ni por las personas a su cargo,³⁶⁷ y, de hecho, así lo entienden PLANIOL y RIPERT, al expresar que “En cambio, podrá existir culpa de la víctima en el hecho de no haber intentado impedir el daño o haber procurado su no agravación, como cuando ésta no hace esfuerzo alguno para extinguir el incendio, o cuando, hallándose herida no atiende a la necesaria curación”.³⁶⁸

Al respecto, MARTÍN-CASALS indica que:

“Teóricamente, la concurrencia de la culpa de la víctima puede diferenciarse del incumplimiento del deber de mitigar los daños. En la primera la actuación de la víctima contribuye a la producción del evento que causa el daño, con lo que la “culpa” concurre en el momento de su causación. El incumplimiento del deber de mitigar, en cambio, se produce una vez ya ha sido causado y, por lo tanto, no puede afectar a su producción sino a su extensión. En algunos países europeos –como, por ejemplo, en Irlanda- las

³⁶⁷ En sentido contrario, ver GÓMEZ CALLE, E., “La contribución de la víctima a la causación del daño”, *op. cit.*, p. 238, quien expone que, tratándose del deber de mitigar el daño, atendiendo que es posterior a la configuración del daño, es una institución diferente al hecho de la víctima como causa extraña, tema sobre el que vuelve más adelante (pp. 258 – 288).

³⁶⁸ PLANIOL, M. y RIPERT, J., *op. cit.*, p. 783.

dos cuestiones se trataban históricamente como instituciones distintas, pero en la actualidad ambas se engloban bajo el concepto de “contributory negligence”. Esa misma asimilación ocurre en la mayoría de países de nuestro entorno, aunque los principios Lando – que contienen una regulación muy somera de la concurrencia de la culpa de la víctima en materia contractual- tratan ambos temas por separado. En todo caso, en unos Principios europeos de responsabilidad civil debería mantenerse criterio propugnado por los Principios Lando que consideran que los costes que comporten mitigar el daño, para impedir que aumente o se agrave, deben computarse como daño indemnizable. En este sentido establece el artículo 9:505 que la víctima tiene derecho a recuperar cualquier gasto en el que razonablemente haya incurrido al intentar reducir la pérdida”.³⁶⁹

Realmente, el deber de mitigar el daño es una modalidad de hecho de la víctima, pero con una particularidad, es posterior al evento dañoso inicial o a la amenaza de daño,³⁷⁰ lo cual no obsta que se configure como hecho de la víctima, incluso,

³⁶⁹ MARTÍN CASALS, M., *op. cit.*, pp. 2473 - 2474. La norma citada corresponde a los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, también conocido como Principios Lando, en razón del Presiente de la Comisión designada para el efecto, el cual expresamente señala que “Deber de mitigar el daño. (1) La parte que incumple no responde de las pérdidas sufridas por el perjudicado en la medida en que éste hubiera podido mitigar el daño adoptando medidas razonables. (2) El perjudicado tiene derecho a recuperar el importe de los gastos razonables que tuvo que hacer al intentar mitigar el daño”, consultada en <http://campus.usal.es/~derinfo/Material/LegOblContr/PECL%20I+II.pdf>, recuperado el 28 de febrero de 2020.

Asimismo, señala LETE DEL RÍO, M., *op. cit.*, p. 199 que “conectado con el tema de la concurrencia de culpa del perjudicado se encuentra el de determinar si existe un deber de la víctima de contribuir según las circunstancias a reducir o evitar que aumente el daño”.

³⁷⁰ Indica MOSSET ITURRASPE, J., *op. cit.*, p. 170, que “Hemos indicado que el artículo 1111, relativo al hecho de la víctima es aplicable a la agravación del daño (como hecho posterior) [sic], así como a la denominada “Culpa concurrente””. El artículo citado corresponde al Código Civil Argentino, previamente citado en la nota al pie **292**. En la misma cita se indica que esta norma corresponde a la legislación anterior, pero, se aclara, en la actual normativa, en el artículo 1729 se consagró una disposición similar.

así ha sido reconocido desde el Derecho romano,³⁷¹ lo único que cambia es el momento del aporte causal de la víctima. Es decir, en la omisión del deber de mitigar el daño, se tiene que el responsable ha causado un daño inicial, pero la omisión de la víctima ha llevado a la generación de un nuevo daño, o a la extensión de uno ya existente. ¿Acaso este nuevo daño o su mayor extensión no se deben a un aporte causal de la víctima, es decir, a un hecho de la víctima? Nótese cómo en ambos supuestos la discusión, al final de cuentas, se centra bien sea en la reducción o en la exclusión de la reparación.

De hecho, la Corte Suprema de Justicia de Colombia así lo ha entendido

“Bien podía dar lugar a inferir que la propia demandante había contribuido en la producción o agravación del daño cuya reparación ella persiguió en este asunto y, de esta manera, a aplicar el artículo 2357 del Código Civil, reduciendo la indemnización que se impuso a la demandada Distribuidora [xxx], o a estimar, desde otra óptica, relacionada con la anterior pero diversa de ella, que la aquí demandante no se encontraba legitimada para reclamar la totalidad del perjuicio que padeció si estuvo en la posibilidad de adoptar medidas razonables para aminorar o reducir las consecuencias dañosas del hecho ilícito que le endilgó a las demandadas”.³⁷²

Igualmente, VON TUHR indica que el deber de mitigar es una de las modalidades de “coculpabilidad” de la víctima: “La coculpabilidad puede referirse: [...] 2. A la

³⁷¹ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado, *op. cit.*, p. 135, quien indicó que “Como vimos, en el derecho romano el argumento estaba ligado a la causalidad. Los daños que el perjudicado hubiera podido evitar, a la par de aquellos debidos a una acción suya, se consideraban jurídicamente “causados” por él, y no por la actividad del agente”.

³⁷² Sentencia del 16 de diciembre de 2010, citada por PIZARRO WILSON, C., *op. cit.*, p. 52. Se aclara que el nombre del sujeto procesal ha sido reemplazado por [xxx] para protegerle su intimidad.

agravación de un daño ya producido. El perjudicado no debe omitir las precauciones que las circunstancias aconsejen para reducir el daño”.³⁷³

En igual sentido se pronuncia PIZARRO:

“En el derecho comparado predomina la idea de ponderar esas circunstancias [refiriéndose a situaciones de agravamiento por la omisión de la víctima] a fin de atenuar el resarcimiento. Es una solución coherente con la idea de que el sindicado como responsable sólo debe reparar el daño por él causado. Cuando este último experimente un agravamiento, por causas atribuibles al propio damnificado, dicho “plus” deberá ser soportado por este último.

Desde otro punto de vista se ha sostenido que la valoración de estas circunstancias, vinculadas no con la “...suscitación del mal, sino con la amplitud dimensional de sus consecuencias...”, se debe resolver “...a tenor del principio de buena fe y no de la culpa de la víctima”.

Por nuestra parte, pensamos que tanto las reglas que regulan el hecho de la víctima, cuanto las que derivan de la aplicación del principio de la buena fe, pueden y deben ser computadas útilmente para calibrar la incidencia que el hecho posterior de la víctima pueda tener en el caso que nos ocupa.

Lo expresado tiene aplicación tanto en la órbita extracontractual como contractual. Respecto de esta última, es evidente que debe ser ponderada la conducta del acreedor cuando después de haberse operado el incumplimiento, no adopta las medidas necesarias para limitar, en lo posible, los daños derivados del mismo.

³⁷³ VON TUHR, A., *op. cit.*, p. 64.

En la órbita aquiliana también es dable exigir al acreedor (damnificado) [sic] un proceder de buena fe, que se habrá de traducir en una actitud idónea para no provocar el agravamiento cualitativo o cuantitativo del daño. Es una derivación lógica del principio según el cual el responsable sólo debe resarcir el daño por él causado; no uno menor, pero tampoco uno mayor".³⁷⁴

Se tiene, entonces, que, "es natural afirmar que este [acreedor] no podrá pretender el resarcimiento de un estrago que, en últimas, es imputable a él, o sea que él mismo se causó".³⁷⁵

Una precisión final, ubicar la discusión del deber de mitigar el daño en sede del hecho de la víctima como modalidad de causa extraña, equivale, por obvias razones ya explicadas con antelación, a ubicarla en sede de causalidad, en tanto ambas figuras están ligadas de manera casi que indisoluble.

Se parte de un supuesto: la víctima, bien sea de manera consciente o inconsciente, no ha evitado que el daño ocurriera o se propagara, lo cual no significa nada diferente a que fue la víctima quien, con su actuación u omisión, dio lugar a que ese daño se presentara o se expandiera, razón por la cual se entiende que fue esta quien, al menos en grado de participación, lo causó. Asimismo "si el daño ha sido magnificado por la culpa sobreviniente del damnificado, el agente doloso puede alegar esa circunstancia para que la reparación se ajuste al daño que él ha causado, sin comprender el exceso imputable a aquella culpa".³⁷⁶

Luego, toda participación causal de la víctima en el resultado dañoso, bien sea en su ocurrencia o en su propagación, se tiene como un hecho de la víctima, con las

³⁷⁴ PIZARRO, R. D., *op. cit.*, pp. 267 - 268. Subraya del autor.

³⁷⁵ HINESTROSA, F., *op. cit.*, p. 797.

³⁷⁶ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, *op. cit.*, p. 645.

consabidas consecuencias indicadas en el apartado 2.5.: disminución del *quantum* indemnizatorio en proporción a su participación o, cuando es la única causa, su exclusión.

Pese a esto, hay que reconocer que la causa de la propagación es exclusiva de la víctima, razón por la cual, frente a estos supuestos, la consecuencia será la no reparación de esos mayores perjuicios; mientras que, tratándose de supuestos de evitación, pareciera más claro entender que la materialización del evento dañoso tiene, al menos, dos causas: la imputación del agente responsable, así como el aporte causal de la víctima, razón por la cual, en principio, la consecuencia será la reducción del monto indemnizatorio.

5. MORA DEL ACREEDOR

En este apartado, en primer lugar, deberemos definir la mora, tanto del deudor como del acreedor, pese a que sobre la primera sólo nos referiremos de manera tangencial, en tanto, en esta oportunidad, no es objeto de estudio. En un segundo momento, debemos referirnos a la noción de obligación – deber - carga, para poder esclarecer si el acreedor, de cara al cumplimiento de la prestación que puede exigir, tiene una obligación de colaboración con su deudor, o, por el contrario, su actuación es un deber o, incluso, una carga.

Precisado esto, estableceremos los elementos configurativos de la mora del acreedor, su extinción y su relación con los remedios del acreedor y así, finalmente, pasaremos a analizar si esta figura es constitutiva o no de un supuesto de hecho de la víctima.

Ahora, todo este análisis se justifica, en tanto:

“[l]a negativa del acreedor a recibir el pago o a hacerlo posible, cuando la prestación no puede realizarse sin su cooperación (en adelante, por brevedad, entiendo referirme a ambos supuestos, cuando hablo de rechazar la prestación) [sic], naturalmente sólo plantea problemas cuando tal cooperación es precisa; en otro caso, el deudor puede obrar por sí solo. Y como quiera que en las obligaciones de no hacer no cabe que sea necesaria dicha cooperación, sólo surge el problema para las de dar o hacer.

En ambas, el deudor puede conminar al acreedor a que reciba la prestación o ponga de su parte aquello que haga falta para que quepa efectuarla; y, si, injustificadamente, no lo hace, es posible que una de dos:

1.º O que ello provoque la imposibilidad de realizar la prestación en el futuro. Para cuyo caso, la obligación se extingue sin responsabilidad para el deudor, que queda liberado.

2.º O que provoque sólo un retraso. Llamado retraso del acreedor en recibir, o demora o mora del acreedor: *mora accipiendi*".³⁷⁷

5.1. Sentido general de la mora

5.1.1. Mora

Inicialmente, es importante diferenciar entre mora y retardo, en tanto son dos situaciones diversas, por lo que sus efectos también difieren.

“Si el deudor no cumple con su obligación en la oportunidad o época fijada por la ley, si deja transcurrir esa época u oportunidad sin satisfacer a su acreedor, se dice que el deudor está retardado, se dice que hay retardo en el cumplimiento de la obligación; pero no se dice que hay mora, porque para que ésta se produzca, es menester que el acreedor haga saber a su deudor que el incumplimiento le está causando un perjuicio.

Por lo que, puede definirse el retardo como el incumplimiento de la obligación, más allá de la época fijada por la ley.

Mientras hay retardo, mientras hay incumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley, no hay mora, porque hasta ese momento el acreedor no ha hecho saber al deudor, no le ha significado el perjuicio que

³⁷⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, op. cit., p. 158.

el retardo le está originando: quiere decir que ese retardo no daña al acreedor, que ese retardo no le perjudica, y puede verse en el silencio del acreedor hasta una aquiescencia tácita de su parte a que el deudor persevere en el estado de retardo.

[...]

De lo dicho se desprende que la mora puede definirse diciendo que es el retardo culpable del cumplimiento de una obligación, más allá de la época fijada por la manifestación de voluntad del acreedor.

Las explicaciones precedentes permiten ver con toda distinción las diferencias que hay entre el retardo y la mora; el retardo es el simple atraso en el cumplimiento de la obligación más allá de la época fijada por la ley; la mora es el retraso perjudicial al acreedor, el atraso más allá de la época fijada por la voluntad del acreedor. La palabra retardo es genérica, comprende todo atraso en el cumplimiento de la obligación; la palabra mora es específica, se refiere a un determinado retardo, al que perjudica al acreedor; y por lo tanto, mientras todo retardo no es mora, toda mora es retardo”.³⁷⁸

Luego, se tiene entonces que la mora es el retardo injustificado en el cumplimiento de las obligaciones de la parte, siempre que, adicionalmente, haya requerimiento,³⁷⁹ salvo que se trate de eventos de mora automática, tal y como ocurre en las obligaciones sometidas a plazo y en las de no hacer.³⁸⁰

³⁷⁸ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*, Jurídica Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1988, pp. 99 - 100.

³⁷⁹ El requerimiento se da bien sea por la notificación del auto admisorio de la demanda o del auto que libra mandamiento de pago, de conformidad con los artículos 94 y 423 del Código General del Proceso, los cuales, respectivamente, prescriben que “La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el

Igualmente, tal y como se indicó al comienzo de este apartado, no es posible confundir la mora con la imposibilidad de la prestación, en tanto la mora implica, solamente, un retardo, aunque injustificado, pero la obligación todavía debe ser posible y, además, representar el interés del acreedor, mientras que la imposibilidad, conlleva a la extinción de la obligación.

Al respecto, SANTOS BRIZ indicó que,

“[l]a mora es la infracción de la obligación cometida por el deudor al retrasar el cumplimiento de la prestación debida, pero con posibilidad de cumplirla posteriormente. En esto se diferencia, pues, la mora de la imposibilidad de cumplimiento de la prestación. Sin embargo, en sentido estricto, al no poderse fuera del término pactado cumplir ya exactamente la prestación, se habla por ello de que la mora implica una “imposibilidad parcial”, y se parte

mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado. La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación. La notificación del auto que declara abierto el proceso de sucesión a los asignatarios, también constituye requerimiento judicial para constituir en mora de declarar si aceptan o repudian la asignación que se les hubiere deferido. Si fueren varios los demandados y existiere entre ellos litisconsorcio facultativo, los efectos de la notificación a los que se refiere este artículo se surtirán para cada uno separadamente, salvo norma sustancial o procesal en contrario. Si el litisconsorcio fuere necesario será indispensable la notificación a todos ellos para que se surtan dichos efectos. El término de prescripción también se interrumpe por el requerimiento escrito realizado al deudor directamente por el acreedor. Este requerimiento solo podrá hacerse por una vez” (subrayas propias) y “La notificación del mandamiento ejecutivo hará las veces de requerimiento para constituir en mora al deudor, y de la notificación de la cesión del crédito cuando quien demande sea un cesionario. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación”.

³⁸⁰ CABALLERO LOZANO, J. M., *La mora del acreedor*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 104, indicó que “Las obligaciones de no hacer están excluidas del ámbito de la mora del acreedor [...] Si el acreedor colaborase en la actividad desarrollada por el deudor, indirectamente estaría propiciando el incumplimiento de la obligación”.

siempre, para estimar que existe, de la subsistencia de la pretensión para cumplir lo debido”.³⁸¹

En Colombia la mora se encuentra regulada en los artículos 1608 a 1610 del Código Civil.³⁸²

Con relación a la mora, se precisa que existen dos corrientes: una unitaria y otra dualista. La primera entiende que existe un solo concepto de mora, aunque existan dos clases de mora (la del acreedor y la del deudor); mientras que la segunda entiende que ambas moras corresponden a conceptos o figuras independientes entre sí.³⁸³

Indicó PADILLA que

³⁸¹ SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones, op. cit.*, p. 537. No obstante definir la mora de cara al incumplimiento del deudor, el mismo autor señala que esta definición limita la mora a la mora del deudor y desconoce la mora del acreedor, pese a que la reconoce y desarrolla.

³⁸² Rezan los referidos artículos:

“Artículo 1608. <Mora del deudor>. El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

“Artículo 1609. <Mora en los contratos bilaterales>. En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

“Artículo 1610. <Mora del deudor en obligaciones de hacer>. Si la obligación es de hacer, y el deudor se constituye en mora, podrá pedir el acreedor, junto con la indemnización de la mora, cualquiera de estas tres cosas, a elección suya: 1a.) Que se apremie al deudor para la ejecución del hecho convenido. 2a.) Que se le autorice a él mismo para hacerlo ejecutar por un tercero a expensas del deudor. 3a.) Que el deudor le indemnice de los perjuicios resultantes de la infracción del contrato”.

³⁸³ CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, pp. 20 - 21. En las páginas siguientes realiza el autor diversas distinciones entre una y otra mora. En igual sentido ver PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *Tratado de obligaciones*, III, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2017, pp. 4 – 6.

“no podemos ocultar las profundas diferencias que ambas acusan (la mora debitoria y la creditoria) [sic], a punto tal que justifique plenamente tratar esta última como un instituto sustancialmente diferente del de la solutoria [... entre otras diferencias, señala que] La mora solutoria provoca un *agravamiento del estado de sujeción* con pérdida de ventajas, etc., al obligado; en cambio, en la *creditoris* lo que se produce es un *debilitamiento del vínculo*, comenzando a transitarse el *iter liberatorio* del deudor, del cual la mora del acreedor es la primera etapa”.³⁸⁴

Hemos de precisar entonces, que en esta investigación se adoptará la tesis dualista, la cual viene siendo adoptada por la gran mayoría doctrina moderna, lo cual se explica por la tendencia de “estudiar la obligación no sólo desde el lado pasivo, sino también desde la faz activa”.³⁸⁵

5.1.2. Mora del deudor

Es importante aclarar que, en tanto la mora del deudor no es el objeto de estudio de la presente investigación, no se harán mayores alusiones a ella.

Se tiene entonces que la mora del deudor proviene de este sujeto, y se presenta cuando “no hace efectiva[,] a su debido tiempo[,] la prestación”.³⁸⁶

³⁸⁴ PADILLA, R. A., *Responsabilidad civil por mora*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 552. Igualmente, el mismo autor realiza un recorrido por la forma en que algunas legislaciones regulan la figura, también realizado por PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *op. cit.*, pp. 7 - 8.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 4.

³⁸⁶ VON TUHR, A., *op. cit.*, p. 351.

Igualmente, frente a la posibilidad o imposibilidad de la prestación, VON TUHR, ha indicado que “La mora sólo puede darse, como se comprende[,] cuando y en la medida en que la prestación adeudada sea posible y pueda realizarse, aunque tardíamente. Si la prestación se imposibilita, con el deber de efectuarla cesa también la mora y el deudor no puede ya exigir un cumplimiento que es imposible, sino la correspondiente indemnización”.³⁸⁷

Igualmente, indicó el referido autor que “El efecto normal y general de la infracción del deber del deudor es el resarcimiento. Este principio, que rige para los casos de imposibilidad de la prestación, rige también para los casos de mora. Y lo mismo que cuando se produce la imposibilidad de cumplir, el deudor, en caso de mora, puede eximirse de su responsabilidad probando que la mora se ha producido sin culpa alguna de su parte”.³⁸⁸

Ahora, para su configuración, se exige: “1. El retardo en el cumplimiento de la obligación. Es el elemento material, objetivo. 2. La imputabilidad de ese retardo, o sea, que el mismo se deba a dolo o culpa del obligado. Es éste el elemento subjetivo. 3. En algunos regímenes jurídicos, la constitución en mora persona, que viene a ser el elemento formal”.³⁸⁹

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.*, p. 356.

³⁸⁹ CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., *op. cit.*, p. 196.

5.1.3. Mora del acreedor

Tal y como se indicó, la mora puede provenir tanto del deudor (aspecto al que nos referimos previamente) como del acreedor, tema que, precisamente, será el estudiado en las siguientes líneas.

Lo primero que hay que decir es que

“[a] primera vista, parece extraño que alguien pueda negarse a recibir una prestación que debería proporcionarle más beneficios que desventajas. Sin embargo, la vida real ofrece con llamativa frecuencia ejemplos en los cuales el titular del crédito procura ventajas especulativas que derivan de mantener y prolongar su calidad de acreedor, manteniendo al deudor como tal. [...] Se advierte fácilmente que no resulta admisible que el acreedor, caprichosamente, rechace el cobro o la impida y pretenda mantenerse indefinidamente como tal, lo cual nos conduce, casi naturalmente, a la figura de la mora del acreedor”.³⁹⁰

Y es que, tal y como lo señala YZQUIERDO TOLSADA,

“[e]n materia contractual es interesante abordar el problema que se origina cuando el cumplimiento de la obligación por parte del deudor precisa de la cooperación por parte del acreedor. Al deudor no le es indiferente continuar o no obligado, y por ello es lógico reconocerle el derecho a conminar al acreedor a que reciba la prestación o ponga de su parte aquello que haga falta para que quepa efectuarla [...]”

En ciertas ocasiones la imposibilidad de prestar puede deberse de manera exclusiva a una conducta atribuible al propio acreedor, que provoca la

³⁹⁰ PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *op. cit.*, pp. 2 - 3.

pérdida de la cosa o la imposibilidad del servicio. Pero más normales serán los supuestos en que lo que se da es propiamente una falta de cooperación, que motiva el que el deudor no se pueda encontrar en las condiciones necesarias para cometer el cumplimiento de sus deberes”.³⁹¹

Esta surge, entonces, cuando para el cumplimiento de la prestación, se requiere participación del acreedor, toda vez que si el deudor puede cumplir su obligación sin ninguna intervención del acreedor, no podría predicarse la configuración de mora del acreedor, pese a lo cual se exige, en estos últimos supuestos, que el acreedor sea notificado de su ejecución por parte del deudor, de ser necesario.³⁹² Luego, “el acreedor se constituye en mora cuando se niega a recibir la prestación que se le ofrece”,³⁹³ esto lleva, entonces, a que el deudor, “pese a su intención de pagar, se encuentra con que la relación obligatoria sigue vigente y le vincula, sin lograr liberarse de la deuda”.³⁹⁴

³⁹¹ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, op. cit., p. 212.

³⁹² VON TUHR, A., op. cit., p. 263, en donde se indicó que “si el acreedor se niega a prestar su cooperación, en los casos en que sea necesaria, incurre en mora creditoria. Hay otras prestaciones, en cambio, que pueden realizarse sin intervención del acreedor, como acontece, por ejemplo, con las que consisten en un no hacer, en la renuncia a un derecho real, y a veces las de indemnización (por ejemplo, mediante reparaciones de un objeto qué [sic] se encuentra en poder del deudor) [sic], cumplimiento de ciertos contratos de obra y envío de las mercancías, en las compras a distancia. Cabe también que al acreedor se le asigne, sin cooperación suya, un crédito contra terceras personas, mediante un contrato a favor de tercero. Cuando el cumplimiento de la obligación se realice sin la cooperación del acreedor, puede ocurrir que la buena fe ordene, según las circunstancias del caso, notificar oportunamente al acreedor el cumplimiento”.

³⁹³ *Ibid.*, p. 310. En ese mismo sentido, ver CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., op. cit., p. 251, quienes indicaron que la mora del acreedor “consiste en el retraso en el cumplimiento de la prestación, debido a la conducta del acreedor, cuando omite –como dicen GALLI y BUSO [sic]- la cooperación indispensable de su parte, y en especial la aceptación del pago”.

³⁹⁴ LASARTE, C., *Derecho de obligaciones. Principios de derecho civil*, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 137.

No existe, propiamente, una definición legal de la mora del acreedor, aunque doctrinariamente se han hecho aproximaciones, en donde se ha dicho que esta consiste en la “**resistencia negativa del acreedor a recibir la cosa [sic]**”,³⁹⁵ es decir, “la mora del deudor supone una obligación *exigible*. Su reverso, la mora del acreedor, supone que la obligación es *cumplible*”.³⁹⁶ Significa lo anterior que el acreedor sólo deberá recibir cuando la obligación ya se ha hecho exigible para su deudor, o, lo que es lo mismo, cuando se encuentra facultado para exigir el cumplimiento, toda vez que, como regla general, sólo a partir de ese momento se le puede exigir colaboración,³⁹⁷ lo cual implica que, frente a su omisión, “la relación obligatoria queda paralizada por causa del acreedor, con lo cual la llamada mora del acreedor constituye otro “obstáculo p[a]ra el cumplimiento de la prestación””.³⁹⁸

Así lo ha señalado ALBALADEJO: “La mora del acreedor no consiste, pues, sólo en que éste injustificadamente retrase la realización de la prestación (por no recibirla o no cooperar a tal realización) [sic], sino en retrasarla injustificadamente, una vez ofrecida con la intimación de que se la reciba o se preste cooperación para que sea realizada”,³⁹⁹ aclarándose que, tal y como se indicó al comienzo de

³⁹⁵ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*, op. cit., p. 111.

³⁹⁶ WAYAR, E. C., *El pago por consignación y la moral del acreedor*, Depalima, Buenos Aires, 2000, p. 328.

³⁹⁷ Pese a esta afirmación, se ha aceptado que, para configurar la mora del acreedor, no basta que la obligación sea exigible, sino que se exige, además, que el deudor haya realizado el ofrecimiento a su acreedor y este se haya reusado. En este sentido, ver ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*, op. cit., p. 111, en donde se dijo que “A mi juicio, el acreedor queda constituido en mora de recibir, únicamente después que la cosa le ha sido ofrecida por el deudor”.

³⁹⁸ HEDEMANN, J. W., *Derecho de Obligaciones*, III, trad. J. Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, p. 187. Igualmente, YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, op.cit., p. 213, define la mora del acreedor como aquellos eventos en donde “la ejecución de la prestación sufre un retraso objetivo por una causa imputable al acreedor, al omitir éste la conducta necesaria (cuando ésta sea en efecto necesaria) [sic] para dar lugar al resultado debido por el deudor. Lo mismo que en la mora del deudor, estamos ante una insatisfacción no definitiva del derecho de crédito”.

³⁹⁹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, op. cit., p. 159.

este apartado, la mora del acreedor, por sí sola, no resuelve el vínculo obligacional, en tanto la obligación subsiste.⁴⁰⁰

5.1.4. Naturaleza de la mora del acreedor

En ciertos eventos se exige colaboración⁴⁰¹ del acreedor de cara al efectivo cumplimiento por parte de su deudor, “[e]n este sentido, la doctrina se pregunta ¿cuál es la calificación jurídica que debemos dar a esta necesaria cooperación?, ya que, dependiendo de ella, deberemos juzgar las consecuencias que la falta de cooperación provocan en la relación obligatoria. En particular, de dicha calificación dependerá si el deudor tiene o no derecho a exigir que el acreedor preste su colaboración, con el consiguiente resarcimiento de perjuicios, para el caso en que la respuesta sea afirmativa”.⁴⁰²

Debemos precisar, inicialmente, que la colaboración o cooperación del acreedor ha sido entendida como aquella indispensable para el cabal cumplimiento de la obligación por parte del deudor, en tanto se manifiesta “cuando para la ejecución

⁴⁰⁰ SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones, op. cit.*, p. 544: “La constitución en mora del acreedor no libera al deudor de su obligación”.

⁴⁰¹ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 21, julio - diciembre de 2011, p. 278, quien indicó que “este “deber de cooperación” no tiene contornos definidos, ni corresponde a un concepto eminentemente técnico, en virtud de él se impone a las partes de la relación obligatoria la necesidad de colaborar entre sí a fin de superar las dificultades que puedan surgir durante la vida del contrato, lo cual implica que tanto deudor como acreedor deben llevar a cabo comportamientos positivos tendientes a dicho fin, siempre que ello no conlleve un apreciable sacrificio de sus propios intereses”.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 275.

de la prestación es necesario el concurso del acreedor, es decir, el deudor no puede efectuar el pago sin la concurrencia del acreedor”.⁴⁰³

Es decir, esta cooperación sólo se presenta en aquellos supuestos en donde es necesaria la participación del acreedor en el cumplimiento de la prestación: “Frente al derecho que el deudor tiene de pagar (*ius solvendi*) [sic], el acreedor debe prestarle el comportamiento de cooperación que resulte exigible según la naturaleza de la obligación y las circunstancias del caso. Si el acreedor no presta ese comportamiento de cooperación, la obligación no podrá cumplirse, ingresará, si concurren los otros requisitos, en situación de mora”.⁴⁰⁴

Precisada la necesidad de esta cooperación a cargo del acreedor, es importante determinar su naturaleza, en tanto, dependiendo de si es entendida como una obligación, deber o carga, su configuración variará, así como las consecuencias de su omisión.

Se tiene entonces que esta cooperación es “un deber instrumental emanado del principio de buena fe; [hay] quienes la consideran una verdadera obligación del acreedor; [hay] quienes la ven como una mera facultad del acreedor, y; por último, [hay] quienes la consideran una carga que grava sobre el acreedor”.⁴⁰⁵

Es por ello que, se insiste, debemos partir de la identificación de su naturaleza. Veamos,

“[u]n sector de la doctrina pone en un mismo plano las posiciones de deudor y acreedor. En este sentido, dicen, cuando la cooperación del acreedor es

⁴⁰³ Ibíd., p. 283.

⁴⁰⁴ WAYAR, E. C., *op. cit.*, p. 314.

⁴⁰⁵ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, *op. cit.*, p. 284.

necesaria a fin que se pueda realizar el cumplimiento, el acreedor está “obligado” a prestarla. De manera que ello puede ser exigido por el deudor, quien tendrá derecho a cumplir y a obtener el resarcimiento que la falta de ejecución oportuna de su prestación le haya ocasionado”.⁴⁰⁶

Se evidencia entonces, que esta primera posición equipara el deber de cooperación con una obligación,⁴⁰⁷ en todo el sentido de la palabra, lo cual significa que el deudor se encuentra facultado para exigir, de su acreedor, la colaboración requerida, y, en caso de incumplimiento, queda habilitado el deudor (que ahora es acreedor) para hacer uso de los diversos mecanismos (remedios) que tiene todo acreedor frente al incumplimiento de su deudor, a los cuales nos referiremos en el apartado 5.1.8.⁴⁰⁸

⁴⁰⁶ *Ibíd.*

⁴⁰⁷ Señala LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, I, 6ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 157, que “La mora del acreedor no ha sido legislada por el codificador, quien, con todo, alude a ella en términos bien expresivos. Pero no se duda de la posibilidad de la existencia de ese estado de mora, pues el acreedor está obligado, a su vez, a practicar una conducta que permita el cumplimiento de la obligación”. La subraya es del autor.

⁴⁰⁸ Ver SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, *op. cit.*, p. 286, quien indicó que “[t]al construcción viene a establecer una relación crédito-débito invertida, con la diferencia que en vez de la prestación, lo que el deudor obtiene es la liberación del vínculo. El deudor tiene un derecho de carácter secundario al cumplimiento y el acreedor, como titular de un derecho subjetivo de crédito, es libre para exigir o no el pago de la deuda, pero cuando el deudor esté pronto a cumplir, surge para aquélla “necesidad jurídica” de concurrir al cumplimiento, a fin de no agravar la posición del sujeto pasivo prolongando su situación de deudor. En tal orden de cosas, el acreedor debe cooperar y, si no lo hace, incurre en “incumplimiento”, por esta razón se dice que la teoría del incumplimiento no puede ser construida sólo con relación al comportamiento del deudor, sino que debe también tenerse en cuenta el deber de cooperación del acreedor, su eventual incumplimiento y, consecuentemente, el resarcimiento del daño por ilícito civil que genera responsabilidad contractual [...]”. Igualmente, señala LAMARCA MARQUÉS, A., *op. cit.*, pp. 23 y 24, que “La posición del acreedor se integra también por la identificación de su interés en la prestación. Se afirma que la obligación está ordenada a la satisfacción del interés del acreedor, la obligación existe porque responde a un interés del acreedor a pesar de que éste no sea patrimonial. El acreedor es el interesado en la obligación (*rectius*: en su cumplimiento) [sic], para el deudor, en cambio, la obligación representa una carga, constituye una posición de sujeción,

Esta posición parece olvidar que en el vínculo obligacional aquel sujeto que se encuentra facultado para exigir el cumplimiento de la prestación es el acreedor, mientras que aquel obligado a ejecutarla es el deudor.⁴⁰⁹ Es decir, el obligado es

destinada a la única satisfacción del acreedor. De este modo, el incumplimiento de las obligaciones se explica como la no realización del interés del acreedor al que está destinada la obligación”.

⁴⁰⁹ Señala CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, pp. 116 - 118, que “El hecho de que ni el deudor tiene derecho a pagar, ni el acreedor está obligado a recibir el pago es evidente por las siguientes razones: 1.º El pago del tercero.- Conforme al artículo 1.158 del Código Civil, cualquier persona puede cumplir una obligación ajena, aunque lo ignore el deudor (párrafo primero) [sic] e, incluso, aunque lo prohíba (párrafos segundo y tercero) [sic]. Si el deudor tuviese derecho al cumplimiento, el *solvens* necesitaría autorización del titular de ese derecho para ejercitar el contenido del mismo. [...] 2.º La condonación o perdón de la deuda.- Una de las facultades que comprende la titularidad del crédito es la de extinguir la deuda, o disminuir su importe, por decisión unilateral del acreedor. Si el deudor tuviese derecho al cumplimiento, el acreedor no podría disponer de esta manera de su crédito, y tendría que cooperar ineludiblemente al cumplimiento. [...]. 3.º El desistimiento del contrato.- En un buen número de contratos de prestaciones de hacer, la sola voluntad de una de las partes es causa extintiva de las recíprocas obligaciones, sin necesidad siquiera de estar motivada por justa causa [...]. 4.º El derecho a la variación de la prestación.- En línea con lo apuntado anteriormente, en el contrato de transporte el cargador tiene la posibilidad de alterar unilateralmente algunas circunstancias de la prestación, siempre que el deudor-contratista quede indemne de los mayores gastos ocasionados. 5.º El remedio concedido para obviar la falta de cooperación.- El medio de que dispone el deudor para superar la conducta omisiva del acreedor no es la acción de condena (por ejemplo, la del artículo 1.124 C. C.) [sic], como sucedería si tuviese un derecho subjetivo al cumplimiento, sino la mora del acreedor o el pago por consignación [...]”. La legislación citada corresponde al derecho español, las cuales establecen:

“Artículo 1.124: La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”.

“Artículo 1.158: Puede hacer el pago cualquier persona, tenga o no interés en el cumplimiento de la obligación, ya lo conozca y lo apruebe, o ya lo ignore el deudor. El que pague por cuenta de otro podrá reclamar del deudor lo que hubiese pagado, a no haberlo hecho contra su expresa voluntad. En este caso sólo podrá repetir del deudor aquello en que le hubiera sido útil el pago”.

Ambos artículos fueron consultados en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, recuperado el 28 de febrero de 2020.

el deudor, mientras que el acreedor es en favor de quien se debe cumplir la prestación, pese a lo cual, en determinados eventos, ambos sujetos son, de manera simultánea, acreedores y deudores entre sí, generándose un vínculo recíproco e interdependiente, lo que se conoce como contratos bilaterales o sinalagmáticos, en los cuales ambos sujetos, se insiste, son acreedores y deudores. En los demás eventos, existe una parte deudora y otra parte acreedora. Es que, en estricto sentido, “el acreedor, en cuanto tal acreedor (y no como deudor en obligación sinalagmática) [sic] no puede incumplir el contrato. Su conducta, no forzosamente basada en “culpa”, puede tener relevancia en cuanto a la atribución de riesgos (v. gr. mora del acreedor) [sic], en la exoneración de responsabilidad del deudor (v. gr. compensación de culpas) [sic], en la imposibilidad de resolver por incumplimiento del deudor, en la pérdida de las garantías”.⁴¹⁰

Se insiste, la cooperación del acreedor no es una obligación, pero esto no significa que no se exija al acreedor su colaboración de cara al cumplimiento de la obligación a la cual tiene derecho.

Luego, si bien es cierto que el acreedor no tiene obligaciones a su cargo, si tiene deberes o cargas, tales como cooperar con el deudor, de cara al facilitamiento al deudor de su liberación,⁴¹¹ deber que se extiende, incluso, a los actos preparatorios.⁴¹²

⁴¹⁰ CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1101”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales.*, XV, vol. 1, dirigido por M. Albaladejo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989, pp. 425 – 426.

⁴¹¹ WAYAR, E. C., *op. cit.*, p. 317.

⁴¹² VON TUHR, A., *op. cit.*, pp. 311 - 312 , quien expuso que “[e]l acreedor se constituye también en mora cuando se niegue a realizar los *actos preparatorios* que corran a cargo suyo y sin los cuales el deudor no puede cumplir la prestación que le incumbe: Actos preparatorios de este género son, por ejemplo, en las obligaciones alternativas, la *opción* que el acreedor ha de ejercitar: En la compra de especificación la determinación concreta del género de mercancías que han de entregarse; en la compra de suministro, el aviso revocatorio, y tratándose de contratos que han de completarse mediante declaraciones posteriores al

Precisado esto, se tiene entonces que esta primera corriente queda descartada y nos lleva a analizar la segunda posibilidad, la cual entiende que la cooperación es un deber secundario de conducta del acreedor, “en este sentido se dice que en virtud de la buena fe el acreedor debe colaborar para el correcto cumplimiento de la prestación principal al cual se liga y, desde un punto de vista negativo, no dificultar al deudor la realización del pago. Se citan como ejemplos concretos de tales deberes: la concurrencia del acreedor a la recepción del pago, la adopción de medidas para recibir las mercaderías [...]”.⁴¹³

La principal diferencia entre estas dos hipótesis radica en la posibilidad de liberación del deudor, en tanto entender la cooperación como un deber,⁴¹⁴ “implica

acreedor, la determinación correspondiente; en los contratos de servicios y de obras, las instrucciones del acreedor dentro del marco del contrato, a las que el deudor ha de atenerse para ejecutar su trabajo, y en su caso, la autorización para entrar en los locales en que este trabajo ha de ejecutarse; en las compras a distancia, las instrucciones necesarias para el envío; en ciertos casos, por ejemplo, en los créditos que versan sobre resarcimiento de desembolsos, indicación de la cantidad adeudada, ignorada por el deudor”.

⁴¹³ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, *op. cit.*, p. 288.

⁴¹⁴ Sobre este aspecto, precisa LAMARCA MARQUÉS, A., *op. cit.*, p. 71, que “el hecho de que la cooperación sea necesaria para que el deudor pueda cumplir no debe llevar a configurarla inevitablemente como un deber del acreedor. Que el acreedor “deba” cooperar para la satisfacción de su interés en un sentido causal no comporta una misma calificación en términos jurídicos”. Igualmente, señala ROJAS QUIÑONES, S., *op. cit.*, p. 445, que “la colaboración o la cooperación es un débito que, aun cuando no hace parte del interés principal de los individuos al contratar, sí resulta fundamental para el cumplimiento de la finalidad que recíprocamente persiguen las partes al celebrar el negocio jurídico y, en particular, al contraer las obligaciones derivadas del mismo. De este modo, es un débito adyacente al principal, sin el cual, en todo caso, no se podría lograr cabalmente la finalidad requerida por los sujetos negociales. De ahí que se pueda catalogar como un deber secundario de comportamiento, siguiendo, además, la tendencia de la principalística internacional que se ha referido a la cooperación como un débito”. En este punto es importante resaltar la opinión de PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *op. cit.*, p. 19, quienes señalan que el acreedor tiene derecho a pagar, lo que genera un deber del acreedor a colaborar. La observación es anti-técnica, en tanto si el deudor tuviese derecho a pagar, el acreedor estaría obligado a recibir, y no sería un simple deber. Asimismo, con posterioridad, vuelven a señalar que la cooperación consiste “en un deber secundario de conducta” (p. 21).

que el acreedor se exonera de responsabilidad en todos aquellos casos en que prestar su colaboración implique un “apreciable sacrificio”, no es necesario que se vea imposibilitado de cooperar, basta que le resulte demasiado problemático u oneroso”,⁴¹⁵ contrario en lo que ocurre al considerársele como una obligación, toda vez que en estos supuestos sólo podrá exonerarse acreditando la configuración de una causa extraña.⁴¹⁶

“No obstante que, de manera reiterada, se trata de forma sinonímica el deber jurídico y la obligación, es posible, y además necesario diferenciarlos. Este propósito no sólo tiene fines teóricos sino también pragmáticos y pedagógicos, habida cuenta que, en veces, se alude a contextos que no son susceptibles de hacerse defensables jurisdiccionalmente por su abstracción, indeterminación o inexigibilidad. En efecto, el *deber jurídico* tiene una connotación *genérica*, la cual supone un gravamen que se encuentra radicado en la comunidad, es decir, en personas indeterminadas, a quienes se les impone la faena o cometido de respetar el ejercicio de los derechos; así pues, se hace menester evitar cualquier tipo de molestia o perturbación que pueda alterar el ordinario ejercicio del derecho. Por su parte, la obligación posee una significación específica, como quiera que envuelve una carga cuyo cumplimiento debe ser realizado por uno o varios sujetos de derecho determinados, comportamiento que recae en un dar, hacer o no hacer frente a otros sujetos, también individualizados, en razón de una relación jurídica concreta”.⁴¹⁷

⁴¹⁵ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, *op. cit.*, p. 289.

⁴¹⁶ Se precisa que se limita la posibilidad de exoneración a la causa extraña, en tanto el cumplimiento no es forma de exoneración, toda vez que constituye el pago.

⁴¹⁷ GARCÉS VÁSQUEZ, P., *op. cit.*, p. 26. En este mismo sentido, ver CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., *op. cit.*, p. 11: “En el deber jurídico se impone, pues, la observancia de cierta conducta, pero no se hace

Otra corriente sostiene que el deber de cooperación es una simple facultad del acreedor, en atención a que “el deudor tendría siempre derecho de liberarse, pero no podría constreñir al acreedor a recibir la prestación, una cosa es el interés de ser liberado del vínculo obligatorio y, otra, el interés de liberarse mediante la efectiva ejecución de la prestación; la ley protegería solo el primero, quedando la protección del segundo limitada a los casos en que las partes lo hayan establecido”;⁴¹⁸ es decir, la actuación del acreedor (o mejor, su omisión) en la cooperación puede ser entendida como desinterés en la prestación, razón por la cual no se le puede obligar a que facilite su ejecución, esto implica, entonces, que la única consecuencia derivada de la omisión de la cooperación por parte del acreedor en el cumplimiento es la liberación del deudor en el cumplimiento de su obligación, en razón del desinterés del acreedor en esta, el cual, se insiste, puede ser entendido como una renuncia a la prestación.

Debe advertirse, desde esta postura, que se ha sostenido que no es posible al acreedor constituirse en mora, toda vez que:

- 1) “[...] el acreedor, en cuanto tal, sólo tiene derechos, y no obligaciones; si se pretendiera que está obligado, se llegaría al absurdo de que todo acreedor sería, también, deudor de su deudor. Es éste el principal argumento que se invoca.
- 2) El de “recibir el pago” no es una obligación, sino un derecho. Por lo tanto, cuando el acreedor se niega a recibir, no está incumpliendo ninguna obligación, sino dejando de ejercer un derecho que le es

especial determinación de los destinatarios de la misma. Así, por ejemplo, el deber general de respetar los derechos ajenos”.

⁴¹⁸ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, *op. cit.*, p. 291.

propio. Nadie, se añade, puede ser sancionado por dejar de ejercer un derecho.

- 3) En consecuencia, no estando el acreedor obligado, no pudiendo por ende incurrir en incumplimiento, tampoco puede quedar constituido [sic] en mora”.⁴¹⁹

Finalmente, el deber de colaboración también ha sido entendido como una carga, toda vez que su ejecución es en beneficio del acreedor, pero su omisión sólo le genera consecuencias adversas a él mismo.⁴²⁰ Luego, “la cooperación del acreedor está siempre destinada a la realización de su derecho, el rol del acreedor no puede ser confundido con el del deudor sin alterar el esquema de la obligación como instrumento para la satisfacción del interés crediticio”.⁴²¹

De las posturas expuestas,⁴²² pareciera más razonable entender que la cooperación del acreedor constituye una carga, en tanto no es posible que el deudor se encuentre facultado para exigir de su acreedor su colaboración efectiva,

⁴¹⁹ WAYAR, E. C., *op. cit.*, p. 315.

⁴²⁰ Así lo señala, por ejemplo, LAMARCA MARQUÉS, A., *op. cit.*, p. 57, cuando indica que “el propio acreedor está vinculado a la satisfacción de su interés y pueden darse situaciones en las cuales el interés que tiene en la relación le lleve a una conducta activa de cooperación. De esta manera, se afirma que con la cooperación el acreedor actúa en su propio interés y que, por tanto, la cooperación se presenta como una carga que debe soportar si quiere conseguir lo que le es debido con ocasión de la relación obligatoria”. Igualmente, el mismo autor, más adelante, vuelve sobre el punto, indicando, una vez más, que se trata de una carga del acreedor (p. 64).

⁴²¹ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, *op. cit.*, p. 292.

⁴²² Estas mismas posiciones son expuestas por PADILLA, R. A., *op. cit.*, pp. 555 - 556, aunque concluye que la mora del acreedor se genera por el incumplimiento de un deber. Expresamente indicó que “los argumentos que preceden, y que tratarán de fortalecerse a lo largo de este capítulo, nos llevan a la afirmación de que el acreedor está sujeto al deber de recibir la prestación en tanto se verifiquen determinados supuestos”. Subraya es del autor.

razón por la cual se descarta como obligación; de otro lado, tampoco es viable considerar que su falta de cooperación se deba entender, exclusivamente, como una renuncia a su derecho, en tanto ese comportamiento, o mejor, esa falta de comportamiento, puede generar diversas consecuencias, como por ejemplo, la pérdida de los intereses moratorios, pero además, puede llegar a generar un perjuicio en el deudor, surgiendo, en este momento, la obligación resarcitoria a cargo del acreedor. Nótese como es el acreedor el beneficiado de su colaboración al deudor, pero, además, es quien debe soportar las consecuencias adversas o negativas que se deriven de su omisión.

En conclusión, podríamos afirmar entonces que “la cooperación es vista por el ordenamiento como un medio para proteger el interés del mismo acreedor, siendo éste el único que debe soportar las consecuencias de su falta de cooperación, por tanto, no puede constituir sino una “carga””.⁴²³

⁴²³ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, *op. cit.*, p. 296. Así también lo indica MONTÉS PENADÉS, V. L., “La responsabilidad por incumplimiento”, en *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, 3ª ed., dirigido por M. R. Valpuesta Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 215: “El acreedor, en estos supuestos, incumple la carga de cooperación que también se contiene en su derecho de crédito, y justifica así la inejecución o el retraso en la prestación”. La subraya es del autor. De otro lado, señala CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, pp. 127 - 128, que “lo que no nos parece tan seguro, a tenor de lo expuesto, es que la cooperación del acreedor al cumplimiento sea una auténtica carga que acompañe el derecho de crédito. A nuestro entender, calificar de carga la conducta del acreedor antes citada supone un olvido del interés del deudor, que no por ser de menos rango queda desprotegido. La cooperación del acreedor al cumplimiento es una conducta también en interés del deudor, ya que a éste no le es indiferente cumplir o no cumplir con su obligación. En este sentido, la falta de cooperación no queda sin sanción, como sucedería de ser una carga en sentido técnico; antes bien, el ordenamiento prevé la mora creditoris y la consignación judicial –figura de la que no está ausente del todo la idea de ejecución coactiva- como medidas tendientes a neutralizar los efectos negativos de la inobservancia de dicha carga. Si el acreedor no coopera, no sólo deja ocioso su crédito sino que también perjudica los justos derechos y expectativas del deudor”. Así también lo señala ESPINOZA ESPINOZA, J., “La mora”, en *THEMIS - Revista de derecho*, Lima, 68, 2015, p. 239, consultado en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15596/16045>, recuperado el 26 de febrero de 2020.

Si bien tenemos claridad, entonces, frente a su naturaleza, debemos precisar que esta surge como desarrollo o aplicación del principio de buena fe.

De hecho, así lo indica CABALLERO LOZANO:

“[h]emos de preguntarnos por qué existe la *mora creditoris* y por qué se anudan a esta figura ciertos efectos negativos para el acreedor.

La *mora creditoris*, como toda institución jurídica, está presidida por la idea de justicia como fundamento remoto; la justicia es, o pretende ser, la razón última de toda norma. En nuestro caso, justo es que el acreedor facilite el cumplimiento del deudor, como justo es, asimismo, que sufra las consecuencias de su propio comportamiento omisivo. No obstante, decir que la mora del acreedor es una exigencia de la justicia es –a la vez- decir todo y no decir nada. Es suficiente para justificar la existencia de esta figura y su régimen jurídico, pero no permite caracterizarla adecuadamente, ni distinguirla de otros medios contemplados por el ordenamiento jurídico para la defensa de los derechos subjetivos y la tutela de intereses legítimos.

Con más rigor técnico, la doctrina fundamenta la existencia y efectos de la *mora creditoris* en el principio de buena fe”.⁴²⁴

5.1.5. Elementos de la mora del acreedor

De las anteriores definiciones brindadas de la mora del acreedor, podemos inferir, entonces, los requisitos⁴²⁵ necesarios para su configuración:⁴²⁶

⁴²⁴ CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 27. Igualmente, más adelante vuelve y señala que “el principio de buena fe es quien asimismo debe suministrar apoyatura jurídica al deber de cooperación al cumplimiento y a la mora del acreedor”.

- 1) Que el deudor haya formulado una oferta real de cumplimiento:⁴²⁷ “no basta la mera declaración de querer cumplir, aunque llegue a

⁴²⁵ Señala *Ibíd.*, pp. 88 - 89, que “en la doctrina alemana, ENNECERUS establece los siguientes requisitos para la mora del acreedor: 1° Que al deudor le sea lícito prestar y pueda prestar. 2° Que la prestación debida sea ofrecida y precisamente de manera que el incumplimiento sea entonces imputable a la conducta del acreedor, y 3° Que el acreedor no haya aceptado la prestación o haya omitido la cooperación de otra índole, indispensable por su parte. En la doctrina española se contemplan, asimismo, los requisitos que venimos indicando, que son: 1° Que exista una obligación vencida para cuyo cumplimiento sea necesario el concurso del acreedor. 2° Que el deudor realice todo lo que le compete en orden a la realización de la prestación, lo que supone, en tesis general, el ofrecimiento de pago al acreedor. 3° Que el acreedor no acepte la prestación o, en general, no coopere al cumplimiento de la obligación, sin justificación legal para ello”.

⁴²⁶ Indican CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., *op. cit.*, p. 252, que son cuatro los requisitos de configuración de la mora del acreedor: “existencia de una obligación que para su cumplimiento requiera un comportamiento o conducta del acreedor; que dicha obligación sea válida y se halle en estado de efectivización; falta de cooperación del acreedor y oferta real de pago”. Muy similar la definición de TORRALBA, V., *Lecciones de derecho civil*, vol. 2, Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 494, que contiene a la par los requisitos para su configuración: “La mora del acreedor se da en aquellos supuestos en los que, estando la obligación vencida, por lo tanto siendo ya exigible la obligación, resulta que el deudor realiza al acreedor el ofrecimiento de pago y el acreedor no acepta tal pago sin justificación [...] Lo que caracteriza a la mora del acreedor es que niega su colaboración al cumplimiento de la obligación; el deudor está decidido a cumplir y, sin embargo, el acreedor se niega a recibir la prestación que se le ofrece y, además, se niega injustificadamente”.

Asimismo, señala PADILLA, R. A., *op. cit.*, p. 558, que “para hablar de mora del acreedor es necesario: a) que exista prestación exigible; b) que pese sobre el acreedor un deber de colaboración para la consecución de aquélla; c) que el acreedor retarde injustificadamente la prestación de su deber; d) que sea aún posible y útil la ejecución tardía (transitoriedad del retardo) [sic], y e) que ese retardo creditorio ocasione un daño solutorio causalmente generado por el retardo”. Sobre lo expuesto se resaltan dos aspectos: En primer lugar, nótese como el autor hace énfasis en la naturaleza de “deber” de la mora del acreedor. En segundo lugar, frente al último requisito, se indica que el daño, realmente, no es un requisito de la mora del acreedor, sino que puede ser uno de los efectos o consecuencias que se deriven por haberse constituido el mora el acreedor.

⁴²⁷ En sentido contrario, señala YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, *op. cit.*, pp. 213 - 214, que “a diferencia de lo que sucede con la mora del deudor, aquí no se precisa interpelación”. En ese mismo sentido, MOREU BALLONGA, J. L., “El artículo 1452, párrafo 3.º, del Código Civil y la mora del acreedor”, en *Estudios del derecho de obligaciones. Homenaje al profeso Mariano Alfonso Pérez*, vol. 2, dirigido por E. Llamas Pombo, La Ley - Wolters Kluwer, Madrid, 2006, p. 515, indica que “En primer lugar, en cuanto al ofrecimiento de pago, como supuesto requisito de la mora del acreedor, aunque lo afirma hoy creo que unánimemente la doctrina española, ya se ve que, existiendo una mora en la

conocimiento del acreedor, ya que lo que interesa es que el deudor ponga a disposición del acreedor el objeto de la obligación, de manera tal que sólo de este último dependa que se concrete el pago”.⁴²⁸ Se tiene, entonces, que la finalidad del ofrecimiento consiste en “determinar la voluntad del acreedor para que coopere al

especificación (art. 1452, párrafo 3º) [sic] y una mora en el cumplimiento, dicho requisito creo que no puede sostenerse en rigor en nuestro Derecho [...] Más en general, parece que la existencia en nuestro Derecho de una mora en la especificación debería conducir a sustituir el concepto de mora del acreedor habitualmente aceptado por otro más amplio y flexible en el que el requisito básico debiera ser, no el ofrecimiento de pago del deudor, además no regulado en nuestro Código, sino cualquier incumplimiento de un deber o carga de cooperación del acreedor, anterior o posterior al ofrecimiento de pago, tal que, por su entidad, pueda poner en serio riesgo la correcta consecución o consumación final del contrato conforme a lo pactado y a los demás criterios que determinan los efectos de los contratos”. La norma citada corresponde a la legislación española, el cual señala que “El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182. Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un solo precio, o sin consideración a su peso, número o medida. Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora”, consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, recuperado el 28 de febrero de 2020.

Al igual, PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *op. cit.*, p. 10, al señalar los requisitos de la mora del acreedor, no se refieren al ofrecimiento, aunque con posterioridad si plantean la exigencia del mismo (p. 29).

⁴²⁸ WAYAR, E. C., *op. cit.*, p. 335. Igualmente, VON TUHR, A., *op. cit.*, p. 311, indicó que si bien, como regla general se exige la oferta del deudor para constituir en mora al acreedor, esta no siempre es necesaria: “el acreedor se constituye en mora sin necesidad de oferta (ipso iure) [sic] cuando hallándose obligado por el contrato o en virtud de denuncia anterior, a recoger la prestación en una determinada fecha, deje pasar el plazo, o cuando impida el acto de cumplimiento, independiente de su cooperación, v. gr., cuando tratándose de compras a distancia, prohíba el envío de las mercancías”, aunque con antelación había indicado que “[l]a prestación deberá ofrecerse al acreedor en debidas condiciones, es decir, de tal modo, que corresponda, cuantitativa y cualitativamente, al contenido del crédito en el momento de hacerse el pago” (p. 310).

Ver, asimismo, HEDEMANN, J. W., *op. cit.*, p. 187, quien indicó que debe existir “una efectiva oferta de la prestación, de modo que el acreedor solamente necesite recibirla. En esta efectividad del ofrecimiento se incluye la *capacidad* necesaria para realizar la prestación”.

cumplimiento, objetivo que puede conseguirse amistosa o coactivamente”.⁴²⁹

Ahora, cuando la obligación debida se encontraba sometida a un plazo, este ofrecimiento no es necesario,⁴³⁰ a menos que pretenda el deudor cumplir antes del momento establecido, evento que será permitido cuando el plazo se ha configura en su favor.⁴³¹ Tampoco será necesaria la oferta cuando el acreedor es desconocido.⁴³²

⁴²⁹ CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 160.

⁴³⁰ *Ibid.*, pp. 177 - 178. Igualmente, PADILLA, R. A., *op. cit.*, p. 572 señala que dicho ofrecimiento no es necesario en las obligaciones sometidas a plazo. Expresamente señala que “no es sincero decir que el deber solutorio tenga un plazo expreso y el creditorio tácito, cuando ambos deban concurrir simultáneamente para poder llevarse a cabo el cumplimiento. Si es expreso para el deudor también lo será para el acreedor cuando nada se dijo porque ni falta hacía. La obligación de entregar se complementa con la de recibir, sin duda. Y si se debe entregar tal día a tal hora en tal lugar, está explícito que en ese mismo día a esa misma hora y en ese mismo lugar debe acudir el acreedor a recibirlo [...]”. Más adelante, expresa el mismo autor que “Siempre que el deber de colaboración ostente plazo de cumplimiento directo (por habérselo puesto las partes o la ley) [sic] o indirecto (por tenerlo la obligación principal) [sic], la mora creditoria se producirá por su solo vencimiento cuando la prestación deba llevarse a cabo en el domicilio del deudor o de un tercero (*detter quérables*) [sic], donde el acreedor debió concurrir a prestar dicha colaboración. Exigir en tales supuestos un acto de interpelatorio complejo como el de la oferta real de pago es desandar el *iter* solutorio que, repetimos, tenía fecha cierta de cumplimiento (ya vencida y sin haberse podido cumplir por falta de colaboración creditoria) [sic], y sobrecargar al obligado *solvens* con una nueva disposición de un cumplimiento, frustrado ya una vez por el acreedor, y requerirle que preste la colaboración eludida para que el mentado cumplimiento se pueda llevar a cabo, nos parece un exceso ritual retrógrado e incompatible con el ritmo y velocidad que han tenido las relaciones obligacionales. Si el acreedor sabía que determinado día y hora debía estar en tal lugar para recibir la prestación o practicar los actos que posibilitara el pago, y ni se ocupó de aparecer ¿es justo que vuelva a invitarse a este convidado forzoso, que despreció la anterior oportunidad?”.

⁴³¹ CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 220, señala que en estos eventos “Estamos ante un caso de pago anticipado, donde el acreedor incurre en mora si rechaza la oferta. Este carece de motivo legítimo para rechazar el cumplimiento [...]”.

⁴³² *Ibid.*, p. 182. Asimismo PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *op. cit.*, pp. 34 - 36, presentan un listado más o menos amplio de situaciones en donde no se requiere del ofrecimiento.

Asimismo, debe precisarse que, frente al ofrecimiento, no se exige pago efectivo, sino que basta el ofrecimiento, pero este debe ser serio y real,⁴³³ e incondicional,⁴³⁴ pero además, la obligación, al menos por parte del acreedor, debe ser exigible; es decir, el acreedor sólo podrá ofrecer el cumplimiento de aquellas obligaciones que ya le

⁴³³ Frente a esta característica de real, se ha dicho que esta es, en estricto sentido, una modalidad de oferta, consistente en la exhibición o desplazamiento del bien debido, en contraposición a la verbal, que implica la manifestación del momento y lugar en que los bienes estarán disponibles. En este sentido, ver CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, pp. 184 - 187. En este texto, la alocución real se usa con un significado no técnico: “Que tiene existencia objetiva”, <https://dle.rae.es/real?m=form>, recuperado el 25 de febrero de 2020.

⁴³⁴ TORRALBA, V., *op. cit.*, p. 495, en tanto si el ofrecimiento estuviese sometido a condición, este hecho por sí sólo justificaría la negativa del acreedor a recibir. Igualmente, señala O’CALLAGHAN, X., *op. cit.*, p. 181, que tampoco debe estar sometido a plazo. En este sentido, indican Díez-Pícazo Ponce de León, L., y Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001, p. 205, que “la prestación que el deudor está dispuesto a cumplir en la programada en la obligación y no otra distinta”. Sobre este punto, es interesante lo dicho por CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, pp. 232 - 233, frente a la posibilidad de condicionar el ofrecimiento, así como de someterlo a reservas: “en la oferta condicionada, el deudor manifiesta su disposición para el pago si el acreedor efectúa el acto que aquél solicite. Se intima al destinatario no sólo a recibir el pago, sino también a realizar otro acto. Es una “intimación compleja”; una oferta inescindible, porque si consiente el pago, pero no coopera en lo demás, incurre también en mora. No es, sin embargo, una condición propiamente dicha. La razón de ser de esta facultad del deudor está en el derecho a “precaverse adecuadamente para la tutela de aquellos legítimos intereses que un pago incondicionado pudiere perjudicar”. Es justo que el deudor se asegure de que la obligación extinguida no va a ocasionarle ulteriores daños, que va a quedar liberado sin temor a molestia alguna. La oferta puede ser subordinada a la realización de aquellos actos que son debidos por el acreedor, cuyo fundamento radica en la ley o en el contrato y cuyo fin es mantener al deudor en la integridad de su derecho a la liberación, conseguido por el pago realizado mediante oferta real o verbal. Las condiciones a que puede someterse la oferta son distintas conceptualmente de las reservas que haga el oferente en el acto. Por reserva se entiende “aquella declaración con la cual el oferente, a fin de evitar que su acto pueda ser entendido como una renuncia tácita o aquiescencia, explica su intento de ejercitar en el futuro un derecho o hace valer ciertas razones suyas”. Estas declaraciones son superfluas en ocasiones y no añaden nada nuevo que pueda perjudicar al acreedor. Caso de ser fundadas, el acreedor sufrirá las consecuencias de una situación anterior a la oferta, no creada por ésta [...] Para que una circunstancia pueda legítimamente subordinar la oferta se necesita, primero, que tienda a preservar un interés reconocido por el ordenamiento jurídico y tutelado frente al acreedor, y, segundo, que ese interés reciba protección en el ámbito de la misma relación obligatoria a cuya extinción va dirigido el ofrecimiento de pago”. También LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, I, *op. cit.*, p. 158, se refiere al asunto, indicando que la oferta de pago puede ser “circunstanciada en cuanto al lugar y tiempo del pago si esos detalles no están previamente definidos”.

son exigibles⁴³⁵ y sólo “a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación”,⁴³⁶ es decir, al acreedor o a las personas por él designadas.

En resumidas cuentas, se exige, entonces, que “el deudor haga el ofrecimiento de pago y se halle dispuesto a realizar todo lo que sea necesario para efectuar la prestación”.⁴³⁷ Ahora, aunque nos hemos referido al deudor, también es posible que este ofrecimiento provenga de terceras personas.⁴³⁸

Puede ocurrir que, con posterioridad al ofrecimiento, el acreedor haya optado por realizar el pago por consignación. En este evento no se requiere consentimiento ni autorización del acreedor, aunque, se aclara, para que sea procedente este pago por consignación, se exige que el acreedor haya rehusado el ofrecimiento de pago de manera injustificada. Es decir, si el acreedor rehúsa el pago, por ejemplo, en razón de la mora del deudor, no procederá el pago por consignación, así como tampoco procede frente a las obligaciones

⁴³⁵ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, op. cit., p. 159. Así también lo indica SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, op. cit., p. 543, al señalar que uno de los presupuestos de la mora del acreedor consiste en que “el deudor pueda cumplir su prestación, por lo tanto, que su obligación sea cumplible, y que sólo dependa ya del acreedor que se produzca el resultado de la misma”.

⁴³⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, op. cit., p. 164.

⁴³⁷ PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil*, vol. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1994, p. 135.

⁴³⁸ CABALLERO LOZANO, J. M., op. cit., p. 196.

de hacer, en razón de la imposibilidad que se presenta frente a estas.⁴³⁹

Se insiste, es necesario precisar que para que el acreedor se encuentre en mora, con los efectos que más adelante se indicarán, basta que exista ofrecimiento real y serio del cumplimiento por parte del deudor, no se exige ningún trámite adicional,⁴⁴⁰ no se exige pago efectivo y mucho menos pago por consignación,⁴⁴¹ aunque, se itera,

⁴³⁹ Así lo anota ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, op. cit., p. 167, quien, además, señala que en estos casos el deudor se libera por la no aceptación del acreedor.

⁴⁴⁰ JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M., “Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte primera: cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”, en *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones y contratos*, III, vol. 1., dirigido por J. F. Delgado de Miguel, Civitas, Madrid, 2002, p. 167: “no se precisa intimación o requerimiento adicional que el derivado del propio ofrecimiento de pago, a diferencia de la mora del deudor”. En ese mismo sentido, ver CABALLERO LOZANO, J. M., op. cit., pp. 168 - 169: “En sentido estricto, el ofrecimiento sería únicamente la intimación, como requerimiento o acto formal que el deudor dirige al acreedor”.

⁴⁴¹ Así lo indican CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, X, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988, p. 750: “una cosa es la mora del acreedor y otra muy distinta el pago que el deudor pueda hacer de su deuda, cuando el acreedor retarda o resiste la recepción de la cosa debida” y ALTERINI, A. A., *Curso de obligaciones*, 4ª ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 440: “la “mora accipiendi” y el pago por consignación configuran dos situaciones distintas: para que el acreedor reticente caiga en mora, sólo es menester que el deudor emita una oferta de pago, y le sea rechazada”.

En sentido contrario se ha dicho que “si no utiliza [el deudor] el procedimiento de consignación, corre el riesgo de quedar él incurso en mora, aunque haya estado dispuesto a cumplir y aunque el pago se haya frustrado por una causa atribuible al propio acreedor”. Ver WAYAR, E. C., op. cit., p. 322. Igualmente, señalan PALAU RAMÍREZ, F., PASTOR I VICENT, M., PALAU SASTRE, A. M., y TALENS VISCONTI, E. E., “Presupuestos y efectos de la mora”, en *Tratado sobre la morosidad*, dirigido por F. Palau Ramírez y J. Viciano Pastor, Thomson Reuters – Aranzadi, Navara, 2012, p. 138, que “para que se produzca efectivamente la mora del acreedor ha de producirse la llamada consignación, la cual ha de producirse con posterioridad al ofrecimiento de pago hecho por parte del deudor al acreedor, con el objeto de cumplir con la obligación contraída”. Asimismo, más adelante indican que “En este punto definiremos los dos pasos o actuaciones que deben llevarse a cabo para que pueda considerarse al acreedor en mora. Estas dos actuaciones son: a) el ofrecimiento de pago; b) la consignación, ambas deben ser iniciadas y realizadas por el deudor, al objeto de liquidar, cumplir o rescindir su obligación para con el acreedor” (p. 139).

lo que si se exige es que este ofrecimiento sea efectivamente conocido por el acreedor.⁴⁴² Cuestión diferente es que en determinados supuestos, el legislador haya dispuesto requisitos adicionales para configurar la mora del acreedor. Por ejemplo, en el arrendamiento de vivienda urbana, el cual, en Colombia, se encuentra regulado por la Ley 820 de 2003, si el arrendador se niega a recibir el canon de arrendamiento, deberá el arrendatario consignarlo, dentro de los cinco días siguientes, en el Banco Agrario y deberá, además, enviarle a su arrendador, por medio de correo certificado, copia de la consignación, dentro de los cinco días siguientes al pago.⁴⁴³

Se precisa que la consignación es un mecanismo que libera al deudor, en tanto es el cumplimiento de la obligación. En este sentido, ver LASARTE, C., *op. cit.*, p. 138: “el Ordenamiento [sic] jurídico instrumenta un mecanismo que permita al deudor cumplidor liberarse de la obligación, pese a la falta de colaboración del acreedor. Tal mecanismo consiste en que el deudor ponga a disposición de la Autoridad judicial [sic] las cosas debidas (cfr. art. 1.178.1) [sic], acreditando su voluntad de cumplir lo debido y la resistencia del acreedor a recibir la prestación. Técnicamente se le conoce con el nombre de *consignación*”. La cursiva es original del texto. La norma citada corresponde a la legislación española, la cual expresa que “La consignación se hará por el deudor o por un tercero, poniendo las cosas debidas a disposición del Juzgado o del Notario, en los términos previstos en la Ley de Jurisdicción Voluntaria o en la legislación notarial”, consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, recuperado el 28 de febrero de 2020.

⁴⁴² CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 163: “el ofrecimiento de pago pertenece a la categoría de las declaraciones recepticias, porque solo produce efectos desde que la conoce aquel a quien iba dirigida. El acreedor no puede incurrir en mora sino desde el momento en que conoce la intención del deudor y se le da la concreta oportunidad de colaborar, ya que si aquél ignora la voluntad del deudor mal podrá disponerse a la cooperación; no puede entenderse que el acreedor, en todo momento, esté en condiciones de cooperar”.

⁴⁴³ Reza el artículo 10 de la referida ley que “Cuando el arrendador se rehúse a recibir el pago en las condiciones y en el lugar acordados, se aplicarán las siguientes reglas: 1. El arrendatario deberá cumplir su obligación consignando las respectivas sumas a favor del arrendador en las entidades autorizadas por el Gobierno Nacional, del lugar de ubicación del inmueble, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes al vencimiento del plazo o período pactado en el contrato de arrendamiento. Cuando en el lugar de ubicación del inmueble no exista entidad autorizada por el Gobierno Nacional, el pago se efectuará en el lugar más cercano en donde exista dicha entidad, conservando la prelación prevista por el Gobierno. 2. La

Es decir, en el supuesto concreto previamente descrito, no es suficiente el ofrecimiento serio y real de pago por parte del deudor, sino que se exige, además, el pago efectivo por consignación dentro de los cinco (5) días siguientes a la negativa a recibir el canon por parte del arrendador, y adicionalmente, el envío por correo certificado, del comprobante de pago, dentro de los cinco (5) días posteriores a este; de lo contrario, no podrá afirmarse que el acreedor-arrendador, se encuentra en mora de recibir el pago.

Ahora, así como existen supuestos en donde no es suficiente el ofrecimiento de pago, existen eventos en donde ni siquiera se exige la oferta por improcedente, tales como el acuerdo de voluntades o cuando de manera anticipada el acreedor rechaza el ofrecimiento de pago, tal y como se señaló con antelación.⁴⁴⁴

consignación se realizará a favor del arrendador o de la persona que legalmente lo represente, y la entidad que reciba el pago conservará el original del título, cuyo valor quedará a disposición del arrendador. 3. La entidad que reciba la consignación deberá expedir y entregar a quien la realice dos (2) duplicados del título: uno con destino al arrendador y otro al arrendatario, lo cual deberá estar indicado en cada duplicado. Al momento de efectuar la consignación dejará constancia en el título que se elabore la causa de la misma, así como también el nombre del arrendatario, la dirección precisa del inmueble que se ocupa y el nombre y dirección del arrendador o su representante, según el caso. 4. El arrendatario deberá dar aviso de la consignación efectuada al arrendador o a su representante, según el caso, mediante comunicación remitida por medio del servicio postal autorizado por el Ministerio de Comunicaciones junto con el duplicado del título correspondiente, dentro de los cinco (5) siguientes a la consignación. Una copia simple de la comunicación y del duplicado título deberá ser cotejada y sellada por la empresa de servicio postal. El incumplimiento de esta obligación por parte de la empresa de servicio postal dará lugar a las sanciones a que ellas se encuentren sometidas. 5. El incumplimiento de lo aquí previsto hará incurrir al arrendatario en mora en el pago del canon de arrendamiento. 6. La entidad autorizada que haya recibido el pago, entregará al arrendador o a quien lo represente, el valor consignado previa presentación del título y de la respectiva identificación. 7. Las consignaciones subsiguientes deberán ser efectuadas dentro del plazo estipulado, mediante la consignación de que trata este artículo o directamente al arrendador, a elección del arrendatario”.

⁴⁴⁴ En este sentido se pronuncia LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, I, *op. cit.*, p. 159, señala que “Excepcionalmente, la mora del acreedor quedará configurada sin necesidad de la oferta de

Finalmente, es importante precisar que, tal y como lo indica LLAMBÍAS: “si el cumplimiento de la prestación es posible, no obstante la mora del acreedor, la obligación subsiste. Para liberarse, en esa hipótesis, el deudor debe recurrir a la consignación en pago, pues no es suficiente, a este efecto, la mera constitución en mora del acreedor, quien aunque moroso sigue siendo titular del crédito”.⁴⁴⁵

- 2) Que se acredite la falta de cooperación del acreedor:⁴⁴⁶ “llegado el tiempo de cumplimiento, se presume que el acreedor está dispuesto a recibir el pago, y si éste no se produce, se presume que el incumplimiento debe ser atribuido al deudor. Frente a esta realidad

pago: 1° cuando se haya convenido expresamente, que la sola omisión de la cooperación debida por el acreedor para la realización del pago, importe la constitución en mora de éste; 2° cuando el acreedor haya anticipado su decisión de rechazar el ofrecimiento de pago; 3° cuando sea imposible hacer el ofrecimiento de pago por culpa del acreedor; 4° cuando el pago se haya hecho imposible por culpa del acreedor”. En igual sentido, ver ALTERINI, A. A., *op. cit.*, p. 441: “no es necesario este ofrecimiento, que juega a modo de interpelación, para constituir en mora al acreedor: I) Cuando no es posible efectuarlo por culpa del acreedor; II) Cuando las partes convinieron que la falta de cooperación del acreedor lo constituía en mora sin necesidad de mediar la oferta de pago; III) Cuando el pago se tornó imposible por culpa del acreedor; IV) cuando el acreedor ha manifestado en forma anticipada que procederá a rechazar cualquier ofrecimiento de pago que le efectúe el deudor; V) Cuando el acreedor confiesa estar constituido en mora”.

⁴⁴⁵ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, I, *op. cit.*, p. 161.

⁴⁴⁶ CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, pp. 105 - 110, realiza un detallado análisis de las diversas modalidades de cooperación. De otro lado, se pone de presente que en los tiempos actuales se aboga por una colaboración permanente entre los diversos sujetos contractuales, en tanto ya no son vistos como rivales entre sí. En este sentido, ROJAS QUIÑONES, S., *op. cit.*, pp. 396 - 406, presenta la definición de una figura que denomina “solidarismo contractual”. En medio de esa definición, expresa el autor que “Así, se caracteriza al solidarismo como una figura que propende por una reinterpretación de las relaciones jurídicas, en aras de superar la trillada concepción del enfrentamiento recíproco *inter-partes*, para pasar a una idea comunitaria de colaboración y mutua cooperación entre los intervinientes [...] ahora sí es posible formular un concepto más preciso y depurado de solidarismo contractual: se trata entonces *de una doctrina interdisciplinar que propende por la incorporación de los postulados de solidaridad social y, por contera, de los deberes de colaboración, cooperación, lealtad, coherencia y sinceridad en el concreto ámbito de los vínculos jurídicos de naturaleza singular y concreta*” (p. 398). *Cursiva y subraya del texto original.*

jurídica, el deudor –para demostrar lo contrario- no tiene más remedio que probar que el acreedor se negó a recibir el pago”.⁴⁴⁷ Este requisito solo procede en los eventos en los cuales sea necesaria⁴⁴⁸ la cooperación del acreedor para el cabal cumplimiento del deudor,⁴⁴⁹ tal y como se indicó con antelación.⁴⁵⁰ Ahora, por cooperación se ha entendido los actos “del acreedor que son necesarios para que el deudor pueda llevar a cabo el cumplimiento de la obligación [...] La cooperación tendrá como contenido la actividad que sea necesaria para el cumplimiento de la obligación”.⁴⁵¹ Asimismo, es importante resaltar que esta cooperación es necesaria en tanto “si no es admisible que el deudor realice la prestación de modo discrecional, tampoco lo es el hecho de que el acreedor prolongue injustificadamente la sujeción de aquél”.⁴⁵²

Señala, igualmente CABALLERO LOZANO, que:

“[n]o toda actividad que pueda desarrollar el titular del crédito es relevante a los efectos de la *mora creditoris*; dicho de otra forma, el acreedor no incurre en mora por el solo hecho de

⁴⁴⁷ WAYAR, E. C., *op. cit.*, p. 340.

⁴⁴⁸ CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 13: “La cooperación ha de ser indispensable o necesaria para el cumplimiento”.

⁴⁴⁹ Señala LAMARCA MARQUÉS, A., *op. cit.*, p. 57, que “es la propia estructura material del cumplimiento de las obligaciones la que exige o no una cooperación del acreedor”.

⁴⁵⁰ De otro lado, se precisa, por ejemplo, que tratándose de obligaciones de no hacer, no se configura la mora del acreedor, en tanto el deudor se limita a una abstención. En ese sentido ver CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., *op. cit.*, p. 252.

⁴⁵¹ LAMARCA MARQUÉS, A., *op. cit.*, pp. 46 y 48. Igualmente, PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *op. cit.*, p. 16 realizan una explicación sobre las diversas manifestaciones que la cooperación puede presentar.

⁴⁵² CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 10.

observar un comportamiento atípico respecto del deudor. De todo lo que pueda realizar el acreedor en el ámbito de su crédito sólo nos interesa, en estos momentos, aquella actividad indispensable, entendida esta palabra en su sentido más literal, para que el deudor pueda cumplir puntualmente la obligación y liberarse de la deuda”.⁴⁵³

Finalmente, se precisa que esta colaboración puede ser previa o coetánea con el cumplimiento de la obligación por parte del deudor.⁴⁵⁴ Se aclara que no es coincidencia la omisión a la colaboración posterior, en tanto estos no son necesarios para la correcta ejecución de la obligación.⁴⁵⁵

- 3) Que la falta de cooperación sea imputable al acreedor: Mucho se ha discutido si se exige culpa del acreedor o no.⁴⁵⁶ Atendiendo que para el hecho de la víctima como fenómeno extintivo de la responsabilidad no se exige culpa sino aporte causal, mal haríamos en entender que para que se configure la mora del acreedor, se le exigiese que su comportamiento fuera culposo.⁴⁵⁷ Así lo indican DIEZ PICAZO y

⁴⁵³ *Ibíd.*, p. 98.

⁴⁵⁴ Así lo indica PADILLA, R. A., *op. cit.*, pp. 564 - 567.

⁴⁵⁵ Sin mayor explicación, así también se señala en *Ibíd.*, p. 566: “Es un despropósito concebir una mora creditoria por incumplimiento de deberes posteriores a la actividad solutoria”.

⁴⁵⁶ WAYAR, E. C., *op. cit.*, pp. 343 - 344. Expone el autor que existen tres hipótesis: no se requiere culpa del acreedor; no se viola un deber jurídico y se requiere culpa del acreedor. De otro lado, NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., *op. cit.*, p. 249, indicaron que, “En el caso de la *mora credendi*, a diferencia de la mora del deudor, no hace falta interpelación ni culpa (que en este caso sería del acreedor) [sic] para que se produzcan sus consecuencias [...]”.

⁴⁵⁷ JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M., *op. cit.*, p. 166, indica que “no se precisa culpa del acreedor, basta la imputabilidad al mismo del retraso en el cumplimiento”.

GULLÓN: “La mora *credendi* tampoco exige ninguna especial culpabilidad del acreedor moroso, sino simplemente la negativa sin razón a recibir”.⁴⁵⁸

Luego, basta el aporte causal del acreedor (víctima), para entender que se configuró la mora del acreedor,⁴⁵⁹ pese a que no se deba a culpa.⁴⁶⁰ Es decir, lo que se exige es que “el acreedor se niegue sin

⁴⁵⁸ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 205.

⁴⁵⁹ En ese mismo sentido, ver SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, *op. cit.*, p. 314, quien sostuvo que “no tiene lugar el hablar de culpa del acreedor, sino que, para que produzcan los efectos de la mora bastará el hecho objetivo de la no cooperación”. Igualmente, HEDEMANN, J. W., *op. cit.*, p. 188, al exponer que “es indiferente que haya o no mediado culpa, en lo cual presenta esta figura una destacada diferencia con la mora del deudor”. En todo caso, debe ponerse de presente que existen corrientes que exigen de la culpa del acreedor para poder configurarse un supuesto de mora: “AUBRY y RAU, BAUDRY-LACANTINERIE y BARDE, LAROMBIERE, DEMOLOMBE, PLANIOL y RIPERT, WINDSCHEID, LAFAILLE, COLMO, LLAMBÍAS, GALLI, REZZÓNICO, COMPAGNUCCI DE CASO y BUSSO [sic], por analogía con la situación del deudor, exigen la concurrencia del elemento culpa en la mora creditoria. Esta culpa se presume, en tanto el acreedor no pruebe una causal excusatoria”. CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., *op. cit.*, pp. 255 - 256.

⁴⁶⁰ Así lo señala SANTOS BRIZ, J., Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones, *op. cit.*, p. 543: “A diferencia de la mora del deudor, la del acreedor no exige culpa de éste. La mora del acreedor es todo retraso en la prestación o en su resultado causado precisamente por aquel, cualquiera que sea el motivo en que se base”. En igual sentido se expresa LASARTE, C., *op. cit.*, p. 137, al señalar que “La mora del acreedor no requiere conducta o actuación culposa de aquél [...]”. En sentido contrario, indica MOREU BALLONGA, J. L., *op. cit.*, p. 524, que “tiendo a inclinarme, por tanto, hacia la idea de que la culpa es también requisito de la mora del acreedor, como lo es de la del deudor, y a que se presuma esa culpa, como en el caso del deudor (arts. 1182 y 1183) [sic], por una analogía un tanto forzada (el artículo 1100 no exige expresamente la culpa, como se sabe) [sic], pero que va en línea de una cierta simetría entre las dos moras que ha caracterizado durante siglos al Derecho intermedio y al castellano”. Así también lo señala RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad contractual*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003, p. 203: “la ‘mora del acreedor’ supone, necesariamente, el incumplimiento culpable del deber que asiste a éste de no enervar u obstruir la ejecución de la conducta debida por el deudor [...] Por último, es necesario la culpa del acreedor, esto es, la falta del cuidado y diligencia que éste debe observar a fin de no obstruir la actividad del deudor interesado en ejecutar la prestación” y BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado de las obligaciones*, II, Astrea de Rodolfo Depalma y Hermanos, Buenos Aires, 1978, p. 173: la mora del acreedor “se rige como principio por las normas que vimos en ocasión del examen de la mora del deudor. Ante todo, debe mediar una obligación de plazo vencido. Asimismo, debe haber consignación o solamente ofrecimiento del deudor, según los casos.

razón a admitirlo o a poner de su parte lo preciso para que pueda efectuarse (C. c. art. 1.176, 1º) [sic], o, de cualquier modo, no esté en condiciones de recibir la prestación *que se le ofrece debidamente*".⁴⁶¹

Además, debe mediar negativa del acreedor para aceptar el cumplimiento del deudor o bien una demora culpable en hacerlo" y LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, I, *op. cit.*, p. 158: "A falta de un régimen propio, que en rigor es innecesario, la mora del acreedor se rige por los mismos principios de la mora del deudor". Esta culpa del acreedor también es exigido por ALTERINI, A. A., *op. cit.*, p. 441: "Esa falta de cooperación debe ser imputable al acreedor a título de culpa o de dolo".

⁴⁶¹ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, p. 160. La cursiva es propia del texto original. Se precisa que la norma citada corresponde a la legislación española, el cual expresa que "Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan éste, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiere, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente en el lugar en donde el pago deba realizarse, o cuando esté impedido para recibirlo en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, sea el acreedor desconocido, o se haya extraviado el título que lleve incorporada la obligación. En todo caso, procederá la consignación en todos aquellos supuestos en que el cumplimiento de la obligación se haga más gravoso al deudor por causas no imputables al mismo", consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, recuperado el 28 de febrero de 2020. En ese mismo sentido, LAMARCA MARQUÉS, A., *op. cit.*, p. 88: "la culpa del acreedor no sería necesaria para la liberación coactiva del deudor de la obligación, que se puede llevar a cabo con la sola constatación del hecho objetivo de la falta de cooperación del acreedor, con independencia de sus razones subjetivas". Más adelante señala que "No hay duda de que el acreedor incurrirá en mora cuando la falta de cooperación derive de un comportamiento suyo que sea negligente, pero este juicio es absolutamente irrelevante, no deberá hacerse en ningún caso, ni tampoco sería posible porque no se da la contravención de obligación alguna. Caracterizada la cooperación como una carga, no recaen dentro de su estructura los juicios de imputación subjetiva. El acreedor incurrirá en mora a pesar de que el defecto de cooperación sea debido a un hecho absolutamente ajeno a su esfera de control, que se pueda considerar "imprevisible o inevitable" en los términos del art. 1105 CC, sin ninguna relación con su voluntad". La norma citada corresponde a la legislación española, el cual prescribe que "Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables", consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, recuperado el 28 de febrero de 2020.

De otro lado, indica CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 34, que "todo lo que rebasa los moldes del derecho subjetivo, diseñados por el ordenamiento, es contrario a la buena fe. El acreedor que no sabe estar en su posición jurídica, conforme a la finalidad y medios del crédito, no merece la protección del Derecho,

En otras palabras, “la existencia de motivo legítimo es circunstancia que simplemente faculta al acreedor para rechazar el cumplimiento; de su voluntad depende el hacerse cargo o no de la prestación”.⁴⁶²

De otro lado, se itera, es necesario, para poder hablar de mora del acreedor, que todavía sea posible cumplir con la prestación, en tanto la imposibilidad –definitiva– de la prestación nos ubicará en un escenario diferente, como por ejemplo, la resolución del contrato o la teoría de los riesgos.

Así lo señala LARMARCA MARQUÉS:

“[e]n la medida en que la mora del acreedor se entienda como una imposibilidad temporal del cumplimiento de la obligación uno de sus requisitos debe ser la posibilidad sucesiva de cumplimiento. Es decir, para que se pueda hablar de mora, el cumplimiento de la prestación deberá ser todavía posible a pesar de la falta de cooperación del acreedor, el cual debe ser sólo un impedimento de naturaleza temporal. El término mora o retraso se refiere a una situación provisional y no definitiva. Si el deudor no puede cumplir por una causa relativa al acreedor será necesario que este obstáculo no imposibilite el cumplimiento de modo definitivo. Con posterioridad a esta constatación, la prestación se deberá poder cumplir todavía, como se desprende del instituto de la consignación previsto en el Código Civil. Si no es así, nos encontraremos ante un supuesto de hecho distinto, sin que pueda plantearse la situación de mora del acreedor. El

porque, además, sería una gravísima contradicción que el derecho tutelase conductas contrarias a lo establecido por él mismo. Si el acreedor no coopera al buen fin del derecho de crédito, se le debe imputar las consecuencias perjudiciales”.

⁴⁶² *Ibíd.*, p. 140. Igualmente, señalan PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *op. cit.*, p. 24, que “la conducta omisiva del acreedor no provoca la *mora creditoris* si ella encuentra sustento en una causa justificada, que le permite abstenerse de colaborar sin consecuencia alguna”. La cursiva hace parte del texto original.

mismo requisito se exige para la mora del deudor, no hay mora, sino incumplimiento definitivo, cuando la prestación ha devenido imposible con la falta de puntual cumplimiento del deudor”.⁴⁶³

5.1.6. Aplicación en el derecho patrio

Precisado lo anterior, veamos algunos supuestos en donde la mora del acreedor fue regulada de manera expresa, dentro de la legislación patria.

El artículo 943 del Código de Comercio colombiano establece la obligación del comprador de recibir la cosa en el plazo estipulado, so pena de indemnizarle al vendedor los perjuicios derivados de su mora.

Expresamente reza el artículo:

“Artículo 943. <Obligación de recibir>. El comprador estará obligado a recibir la cosa en el lugar y el tiempo estipulados y, en su defecto, en el lugar y en el tiempo fijados por la ley para la entrega, so pena de indemnizar al vendedor los perjuicios causados por la mora”.

Nótese que el artículo, a la cooperación del acreedor, de manera expresa, le otorga la categoría de obligación: “el comprador estará obligado [...]”.

⁴⁶³ LAMARCA MARQUÉS, A., *op. cit.*, p. 83. Más adelante, vuelve el autor sobre el tema e indica que “debe poderse distinguir entre los dos supuestos de hecho y afirmarse que no habrá mora si la prestación ya no puede cumplirse como consecuencia de la falta de cooperación del acreedor” (p. 121). En ese mismo sentido, señala CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 90, que uno de los requisitos de la obligación que genera la mora del acreedor, es que “la obligación ha de subsistir tras la falta de cooperación del acreedor” y “la obligación ha de ser susceptible de cumplimiento tardío”. Vuelve, además, el autor sobre el punto, indicando que “si el acreedor omite la necesaria cooperación al cumplimiento, se origina, o la mora del acreedor, cuando es posible todavía el cumplimiento de la obligación, o la imposibilidad definitiva, cuando el deudor ya no puede cumplir o el acreedor no puede ver satisfecho su crédito de ninguna manera” (p. 149).

En este punto, se remite al lector a lo dicho en el numeral 5.1.4. de esta investigación, acerca de la naturaleza de carga reconocida a la cooperación del acreedor, por encima, incluso, del carácter de obligación.

Igualmente, el artículo se queda corto, en tanto establece como única consecuencia de la mora del comprador - acreedor en recibir, la indemnización de perjuicios que se deriven para el vendedor – deudor, pese a que, en el próximo apartado se indicarán los efectos de la mora del acreedor, que, se anticipa desde ya, son múltiples.

Frente a esta misma situación, el Código Civil colombiano regula, en su artículo 1883, las consecuencias para el comprador que no recibe la cosa vendida de manera oportuna:

“Artículo 1883. <Mora del comprador en recibir>. Si el comprador se constituye en mora de recibir, abonará al vendedor el alquiler de los almacenes, graneros o vasijas en que se contenga lo vendido, y el vendedor quedará descargado del cuidado ordinario de conservar la cosa, y sólo será ya responsable del dolo o de la culpa grave”.

Del artículo se resalta que no comete la imprecisión conceptual previamente referenciada del Código de Comercio, en tanto se limita a referir las consecuencias de la mora del acreedor, sin catalogar que se desprende del incumplimiento de una obligación: deberá el comprador gastos de conservación a su vendedor y el grado de diligencia del vendedor durante la conservación se disminuye al mínimo, por lo cual sólo será responsable de la culpa grave y del dolo.

Ahora, no obstante que el artículo no hace alusión a la indemnización de perjuicios, siempre que del incumplimiento contractual o del deber genérico de

cuidado se desprenda la causación de un daño, aquel que lo ha generado, está obligado a resarcirlo.

La obligación resarcitoria surge en cabeza del responsable del daño, bien sea en razón del incumplimiento de una obligación surgida en un contrato (responsabilidad contractual), o en razón del incumplimiento del deber genérico u objetivo de cuidado de no causar un daño a otro (responsabilidad extracontractual); es decir, la obligación indemnizatoria no surge exclusivamente del contrato, sino que puede tener como origen, cualquiera de las fuentes de las obligaciones. Esto, de cara al artículo que se viene analizando, se itera, implica que pese a la ausencia de la referencia a la indemnización de perjuicios, tal y como ocurre en el Código de Comercio, no impide que, en caso de haberse causado, haya lugar a su resarcimiento.

Al igual que su homólogo en el Código de Comercio, el artículo es superficial en cuanto a los efectos derivados de la mora del acreedor, en tanto se limita a indicar tres efectos.

Esta situación de regulación anti-técnica no es de extrañar, toda vez que no es fácil encontrar normas que regulen este tipo de eventos, de hecho, tan sólo algunas legislaciones regulan la mora del acreedor de manera independiente.⁴⁶⁴

⁴⁶⁴ LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, I, *op. cit.*, p. 157: “La mora del acreedor no ha sido legislada por el codificador [...]”. Igualmente, MOREU BALLONGA, J. L., *op. cit.*, p. 530, explica que en España la legislación civil y mercantil regulan el mismo evento descrito de la mora del comprador en recibir.

En ese mismo sentido, ver PADILLA, R. A., *op. cit.*, p. 552, quien, además, realiza un recuento de la forma en que la figura se encuentra regulada en el Derecho argentino, chileno, italiano, austríaco, suizo, alemán, portugués y paraguayo.

Por último, PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *op. cit.*, pp. 7 - 8, indican que los códigos que no regulan orgánicamente la mora del acreedor son “la mayor parte de los códigos del siglo XIX, fuertemente influidos por el código de Francia en su redacción originaria, donde la mora del acreedor no aparece orgánicamente regulada. Así por ejemplo, los códigos de Chile (1855) [sic], España (1889) [sic], Italia de 1865 y Portugal de

Eso explicaría, entonces, que en este apartado tan sólo nos refiramos a dos normas que regulan eventos similares, aunque en normativas diversas.

5.1.7. Extinción de la mora del acreedor

La mora del acreedor se extinguirá, bien sea porque el deudor renuncia a ella o porque el acreedor “brinda” la cooperación que había omitido,⁴⁶⁵ así como, de ser procedente, el cumplimiento de su contraprestación,⁴⁶⁶ aunado al resarcimiento de los perjuicios que su omisión le haya ocasionado al deudor.⁴⁶⁷

En este mismo sentido se pronuncia ALBALADEJO

“Aunque no lo establezca explícitamente la ley, de la propia naturaleza de las cosas se deduce que acaba la mora del acreedor:

1867. Nuestro código civil anterior [refiriéndose al Código Civil argentino antes de la reforma] se insertaba en esta tendencia. En estos códigos la mora del acreedor no tiene una proyección normativa específica y sistemática, y transita de manera errante y casuística en diferentes figuras. En el código de Francia, redacción originaria, por ejemplo, era inferida de normas que regulan la oferta real y el depósito”. De otro lado, indican los autores que “La casi totalidad de los códigos del siglo XX y XXI, siguiendo el modelo del código alemán, influenciado en esta materia por los Pandectistas, han regulado de manera orgánica y sistemática la figura que nos ocupa. Así, por ejemplo, el código Suizo de las obligaciones, y los de Grecia, Italia de 1942 y Portugal de 1966, entre otros. Es también el temperamento que ahora sigue el código civil de Francia luego de las reformas de 2016. El nuevo Código civil y comercial [de Argentina] se enrola en esta orientación”.

⁴⁶⁵ CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 340.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, p. 342, indicó que “¿Está obligado también el acreedor a ofrecer aquello que debe, no ya por el efecto de la mora propia, sino consecuencia del título de la obligación, es decir, la contraprestación? La respuesta es la misma que se dé a la cuestión de si el ofrecimiento del pago puede ser condicionado a la entrega por el acreedor de la contraprestación. Como esta segunda pregunta tiene respuesta afirmativa, por las razones que dimos en su momento, la cuestión planteada debe también resolverse en el mismo sentido”.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

1.º Cuando acepta la prestación está dispuesto a poner de su parte lo necesario para que pueda ser realizada.

2.º Cuando la obligación se extingue.

3.º Cuando se fija un momento posterior para el cumplimiento (por ejemplo, ambas partes acuerdan retrasar éste) [sic]⁴⁶⁸.

5.1.8. Mora del acreedor, extinción de la obligación y remedios del acreedor.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la mora del acreedor no extingue, en todos los casos, la obligación en cabeza del deudor, y tan sólo produce los efectos que se detallarán en el apartado siguiente, pero, se insiste, no libera, automáticamente, al deudor del vínculo obligacional, para lo cual se exige, además de la oferta, un pago efectivo, por ejemplo, por medio de consignación. La extinción del vínculo obligacional también se puede presentar ante la imposibilidad

⁴⁶⁸ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, op. cit., pp. 162 - 163. Igualmente, indica LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, I, op. cit., pp. 161 - 162, que la mora del acreedor se extingue: a) por decisión de éste [refiriéndose al acreedor] cuando manifiesta al deudor su voluntad de aceptar el pago, v. gr., si lo interpela a ese efecto. Pero para que este cambio de actitud del acreedor sea eficaz, es indispensable que vaya acompañado del ofrecimiento de la cooperación suya que sea necesaria para satisfacer la prestación debida [...] b) por decisión del deudor, cuando éste renuncia total o parcialmente a la pretensión de hacer valer los derechos a su favor, emergentes de aquella mora. Tal renuncia puede ser expresa o tácita [...] c) Finalmente se extingue la mora del acreedor por la extinción de la obligación a que se refiere, cualquiera sea la causa de la extinción: pago, imposibilidad de pago, etc.". En términos similares se expresa ALTERINI, A. A., op. cit., p. 442: "la terminación de la "mora accipiendi" puede suceder por: (1) Aceptación por parte del acreedor del cumplimiento de la obligación; no obstante lo cual debe resarcir al deudor los daños moratorios que su proceder le haya ocasionado (daño del deudor) [sic]. (2) Renuncia expresa o tácita del deudor, con referencia al reclamo de lo que, según Derecho, le corresponde como consecuencia de la mora del acreedor. (3) Imposibilidad de pago de la prestación, lo cual no obsta al reclamo por parte del deudor de los daños moratorios sufridos (daño del deudor) [sic]. (4) Extinción de la obligación que dio origen al estado de mora del acreedor".

en el cumplimiento.⁴⁶⁹ Por ejemplo, una prestación que debía cumplirse, necesariamente, en determinada época, en tanto se trataba de productos alimenticios de siembra o cosecha y perecederos; y, en caso de mora del acreedor, estos perecieron o debieron enajenarse a otro comprador. En este caso la obligación inicial se extinguió, pero no en razón de la mora del acreedor, sino ante la imposibilidad del cumplimiento por extinción de los bienes objeto del contrato.

Se tiene, entonces, que la mora del acreedor no supone la extinción del vínculo obligatorio sino que nos ubica en el campo del incumplimiento no definitivo. En este sentido, todas las consecuencias que se deriven de la actuación del acreedor –mora-, deberán ser asumidos por él en virtud del principio de autorresponsabilidad, al cual se ha hecho alusión a lo largo de esta investigación.

Ahora, en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor, el acreedor, dentro del abanico de opciones que tiene, puede optar por la indemnización de perjuicios (supuesto de responsabilidad contractual), pero, si el incumplimiento se debe a la falta de cooperación del acreedor, se entiende que es él quien ha dado lugar a la causación de dichos perjuicios, por lo que se configura el hecho de la víctima.

Este, además le imposibilita al acreedor la facultad que tiene de acudir a los otros remedios⁴⁷⁰ en caso de incumplimiento de su deudor, en tanto, el incumplimiento ha sido generado por él mismo.

Es decir, si fue el acreedor quien generó el incumplimiento, no sería viable que este hiciera uso de los remedios de los cuales goza en caso de incumplimiento de su deudor.

⁴⁶⁹ CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., *op. cit.*, pp. 258 - 259.

⁴⁷⁰ LAMARCA MARQUÉS, A., *op. cit.*, p. 96.

Estos remedios a los que se ha hecho alusión son, en palabras de LLAMAS POMBO:

- a) “Pretensión de cumplimiento, que conlleva la posibilidad de ejecución forzosa de la prestación.
- b) El cumplimiento por equivalencia.
- c) Remedios especialmente establecidos para relaciones obligatorias sinalagmáticas (que comprenden la reducción del precio, la *exceptio non adimpleti contractus* y la resolución por incumplimiento) [sic].
- d) Resarcimiento de daños.
- e) Restitución al acreedor del enriquecimiento injustificado del deudor a costa del acreedor (arts. 1.186, 1.683, 1.777, 1.778 del CC, y 136, 138, 288 y 613 del CCom.) [sic]”.⁴⁷¹

⁴⁷¹ LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, op. cit., pp. 214 - 215. En las páginas siguientes, el autor se encarga de realzar un pormenorizado análisis de cada uno de estos remedios, aclarándose al lector que la temática no será plenamente desarrollada, en tanto desborda el tema de estudio. Las normas citadas corresponden a la legislación española, las cuales establecen que:

Artículo 1.186: “Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta”.

Artículo 1.683: “El socio industrial debe a la sociedad las ganancias que durante ella haya obtenido en el ramo de industria que sirve de objeto a la misma”.

Artículo 1.777: “El depositario que por fuerza mayor hubiese perdido la cosa depositada y recibido otra en su lugar, estará obligado a entregar ésta al depositante”.

Artículo 1.778: “El heredero del depositario que de buena fe haya vendido la cosa que ignoraba ser depositada, sólo está obligado a restituir el precio que hubiese recibido o a ceder sus acciones contra el comprador en el caso de que el precio no se le haya pagado”.

Todas las anteriores normas hacen parte del Código Civil español, consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, recuperado el 28 de febrero de 2020.

Nótese como todos estos remedios deben partir del supuesto de incumplimiento por parte del deudor. Este incumplimiento, tal y como se ha indicado, no debe ser generado como consecuencia del comportamiento u omisión del acreedor, en tanto esta situación, por sí sola, hace desaparecer los diferentes remedios por ser él mismo el generador del incumplimiento, y sólo procederá la opción de exigir el cumplimiento, siempre y cuando, claro está, se preste a brindar la cooperación exigida para el cumplimiento, según se anotó en **el apartado 5.1.5.** así como la resolución.

Se insiste, los denominados remedios del acreedor sólo proceden en tanto el incumplimiento que provenga del deudor no se haya originado por la falta de cooperación del acreedor, toda vez que, de lo contrario, dicho incumplimiento

Artículo 136: “En las sociedades colectivas que no tengan género de comercio determinado, no podrán sus individuos hacer operaciones por cuenta propia sin que preceda consentimiento de la sociedad, la cual no podrá negarlo sin acreditar que de ello le resulta un perjuicio efectivo y manifiesto. Los socios que contravengan a esta disposición aportarán al acervo común el beneficio que les resulte de estas operaciones y sufrirán individualmente las pérdidas, si las hubiere”.

Artículo 138: “El socio industrial no podrá ocuparse en negociaciones de especie alguna, salvo si la compañía se lo permitiere expresamente; y en caso de verificarlo, quedará al arbitrio de los socios capitalistas excluirlo de la compañía, privándole de los beneficios que le correspondan en ella, o aprovecharse de los que hubiere obtenido contraviniendo a esta disposición”.

Artículo 288: “Los factores no podrán traficar por su cuenta particular, ni interesarse en nombre propio ni ajeno en negociaciones del mismo género de las que hicieren a nombre de sus principales, a menos que éstos los autoricen expresamente para ello. Si negociaren sin esta autorización, los beneficios de la negociación serán para el principal, y las pérdidas, a cargo del factor. Si el principal hubiere concedido al factor autorización para hacer operaciones por su cuenta o asociado a otras personas, no tendrá aquél derecho a las ganancias ni participará de las pérdidas que sobrevinieren. Si el principal hubiere interesado al factor en alguna operación, la participación de éste en las ganancias será, salvo pacto en contrario, proporcionada al capital que aportare; y no aportando capital, será reputado socio industrial.”

Artículo 613: Se encuentra derogado por la disposición derogatoria única. c) de la Ley 14/2014, de 24 de julio. Ref. BOE-A-2014-7877.

Las anteriores normas del Código de Comercio español, consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1885-6627>, recuperado el 28 de febrero de 2020.

estará justificado por un hecho de la víctima-acreedor, que, para el caso en concreto, consistirá en la mora del acreedor y, siendo entonces que nadie puede alegar su propio comportamiento reprochable en su propio beneficio, mal se haría al permitirle al acreedor optar por alguno de estos remedios.

Lo dicho entonces, recuérdese, no se extiende al primero de remedios, en donde se busca es el cumplimiento de la prestación, ni frente aquel que busca la resolución del contrato. La mora del acreedor exige, por sí sola, que el cumplimiento todavía sea posible, y además, la mora el acreedor no extingue la obligación, razón por la cual estos remedios continuarán siendo procedentes. Así lo señala LLAMAS POMBO:

“[a] diferencia de lo que sucede con la reclamación de daños y perjuicios derivados del incumplimiento, para el ejercicio con éxito de la acción de cumplimiento específico basta acreditar el incumplimiento de la obligación, sin que el deudor pueda excusarse invocando su no-culpa o la ausencia de daños. De donde se deduce que dicha acción de cumplimiento forzoso es absolutamente independiente de que se hayan causado daños al acreedor y de que el deudor sea o no responsable de los mismos, pues ello es fundamento y objeto de una pretensión diferente. Si el incumplimiento es *per se* un acto injusto (salvo su inevitabilidad por *vis maior*) [sic], la acción de cumplimiento trata de evitarlo a toda costa, con independencia de que se arroguen daños al acreedor. O si se quiere ver de otro de otro modo, menos riguroso a mi juicio puede entenderse el incumplimiento, en sí mismo, engendra un *eventus damni* al titular del crédito”.⁴⁷²

De otro lado, es claro que el deudor que incumple su obligación en razón de la falta de cooperación del acreedor, en los supuestos de contratos bilaterales o

⁴⁷² LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, op. cit., p. 228.

sinalagmáticos, podrá solicitar la resolución del contrato en razón de su incumplimiento, debido a que este fue causado por el mismo acreedor.

Es decir, para que proceda la resolución –que sólo tiene aplicación en los contratos sinalagmáticos-, se exige que una parte haya incumplido, y que la otra, o haya cumplido, o haya estado presta a cumplir, siempre y cuando el cumplimiento de la obligación fuera simultánea, en tanto, frente a cumplimientos sucesivos, lo que debe determinarse es quien debía cumplir primero, por lo que, literalmente, su incumplimiento justifica el incumplimiento del otro deudor.

Lo que se plantea en este punto, implica que el deudor que incumple por la falta de cooperación de su acreedor, sin importar si el cumplimiento era simultáneo o sucesivo, podrá pretender la resolución del contrato, debido a que su incumplimiento fue generado por la otra parte, es decir, se encuentra justificado, por lo que, se insiste, es procedente la aplicación de este remedio.

5.2. Efectos de la mora del acreedor y su configuración como modalidad del hecho de la víctima

Una vez definida la mora del acreedor, así como su naturaleza y requisitos de configuración, se pasa a explicar sus efectos, y a definir si se trata o no de una modalidad de hecho de la víctima.

Y es que como plantea CABALLERO LOZANO

“[I]a mora del acreedor despliega sus efectos sobre todos los elementos integrantes de la relación obligatoria: los intereses de cada parte y el régimen jurídico del vínculo. Es preciso distinguir la situación jurídica de mora, en sí misma considerada, y todos y cada uno de los efectos que

emanan de aquélla. El examen debe realizarse de modo independiente, porque “los efectos de la mora no se aplican sino cuando la omisión del acreedor ha provocado determinadas consecuencias”: los gastos fundamentan el derecho de reembolso; los daños, la indemnización de daños y perjuicios; la contraprestación, en las obligaciones bilaterales, sirve de apoyo para la mutación del principio de imputación del riesgo. En cualquier caso, los efectos de la mora se reconducen a una serie de consecuencias desfavorables para el acreedor”.⁴⁷³

Se tiene entonces que los efectos⁴⁷⁴ de la mora del acreedor son:

⁴⁷³ CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 239. En ese mismo sentido, señala PADILLA, R. A., *op. cit.*, p. 599, que “la transgresión creditoria al *ius solvendi* del obligado habrá de producirle efectos desfavorables a su situación de titular de la relación, cuya esencia no consiste en sancionarlo por negarse a beneficiar con el pago, sino más bien en una sustracción de potestades y atribuciones por su injustificada persistencia en mantener al estado de sujeción debitoria. Así como la mora solutoria provoca un determinado número de desventajas, que se traducen en un agravamiento del estado de sujeción, la creditoria ha de consistir en restar o disminuir potestades a su titular, como una manera de morigerar la situación del obligado que, queriendo hacerla cesar, no puede por la resistencia del titular”.

⁴⁷⁴ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*, *op. cit.*, p. 113, quien indicó que los efectos de la mora del acreedor son “1º) descarga al deudor del cuidado ordinario de la cosa, por lo que el deudor no responde de los daños o deterioros que sobrevengan; 2º) el deudor sólo es responsable del deterioro que provenga de su culpa grave o de su dolo; 3º) finalmente, el deudor tiene derecho a exigir del acreedor la indemnización de los perjuicios consiguientes al no cumplimiento de la obligación”. Igualmente, indicó ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, *op. cit.*, pp. 160 - 161, que los efectos de la mora del acreedor son: “1.º Si la prestación deviene después imposible sin culpa suya, la obligación se extingue. Así, pues, pasa a soportar el acreedor los casos fortuitos (o hipótesis de fuerza mayor) [sic], incluso cuando, si no hubiese incurrido en mora, hubiesen sido de cuenta del deudor. [...] 2.º Hace cesar –según se verá–, la mora del deudor o evitar que se produzca, si aún no había incurrido en ella. [...] 3.º Evitar, en general, al deudor toda posible tacha que se siguiese de no haber cumplido. [...] 4.º El deudor puede liberarse de la obligación consignando la cosa debida (“quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida”, dice el art. 1.176, 1º, *in fine*) [sic]”. La norma citada corresponde al Código Civil español, la cual prescribe que “Si el acreedor a quien se hiciere el ofrecimiento de pago conforme a las disposiciones que regulan éste, se negare, de manera expresa o de hecho, sin razón a admitirlo, a otorgar el documento justificativo de haberse efectuado o a la cancelación de la garantía, si la hubiere, el deudor quedará libre de responsabilidad mediante la consignación de la cosa debida. La consignación por sí sola producirá el mismo efecto cuando se haga estando el acreedor ausente en el lugar

- a) Determina, en su caso, el cese de la mora del deudor;⁴⁷⁵
- b) Transfiere la carga de los riesgos;⁴⁷⁶

en donde el pago deba realizarse, o cuando esté impedido para recibirlo en el momento en que deba hacerse, y cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar, sea el acreedor desconocido, o se haya extraviado el título que lleve incorporada la obligación. En todo caso, procederá la consignación en todos aquellos supuestos en que el cumplimiento de la obligación se haga más gravoso al deudor por causas no imputables al mismo”, consultado en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>, recuperado el 28 de febrero de 2020.

⁴⁷⁵ CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 286, indica que: “La mora del acreedor produce otro efecto de notoria trascendencia práctica, como es el liberar al deudor de la posible tacha de incumplimiento, con las consecuencias patrimoniales que ello supone. En consecuencia, creemos que el deudor diligente puede oponer la excepción de *mora creditoris* al acreedor que ejercite la acción de cumplimiento, dirigida a obtener la condena del obligado”. La cursiva es original del texto.

⁴⁷⁶ MILLÁN SALAS, F., “Efectos de la mora del acreedor”, en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albesa*, dirigido por M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Dómenech, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 590 - 591: “En base al principio culpabilista, que informa nuestro ordenamiento jurídico-privado, cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación se deba a dolo o a culpa del acreedor, él es el responsable; en cambio, cuando se deba a dolo o culpa del acreedor, el deudor queda exonerado del deber de prestación. Este mismo principio se aplica cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación ha ocurrido estando el acreedor en mora. Pero, en esta situación de mora del acreedor ¿quién soporta el riesgo cuando la cosa debida se pierde por caso fortuito? La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 1986 afirma que uno de los efectos principales de la “mora accipiendi” es la atribución al acreedor del riesgo de pérdida de la cosa, a diferencia del criterio que había mantenido el Tribunal Supremo en la sentencia del 9 de julio de 1941, que mantenía que la oferta no seguida de consignación, cuyo efecto más interesante es el de constituir al acreedor en mora, no tiene trascendencia en orden a la transferencia del riesgo de la cosa ofrecida”. Igualmente, señala ALBALADEJO GARCÍA, M., *Instituciones de derecho civil. Parte general y derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 560, que “Por lo que atañe a la imposibilidad de la prestación (o de realizarla exactamente) [sic] que proceda de culpa (de culpa en sentido estricto, o de dolo) [sic] del deudor, sigue siendo, a pesar de la mora del acreedor, responsable aquél, pues no sería justo que, aun siendo el acreedor causante del retraso, resulte perjudicado por algo -la imposibilidad de la prestación- cuando no depende de tal retraso sino de culpa de la otra parte. [...] Ahora bien, creemos que cuando el acreedor está en mora no se aplica la regla de que, haciéndose imposible la prestación en poder del deudor, se presume que es por su culpa. Dicha presunción, que carga sobre el deudor la prueba de su no culpabilidad, sería perjudicial para él mismo, y lo sería por causa del acreedor, que, al no recibir la prestación, motivó que esta siguiese en poder del deudor. Por ello, parece justo que, en caso de mora del acreedor, se presuma que la imposibilidad de la prestación procede de caso fortuito, permitiéndose, sin embargo, que el acreedor pruebe lo contrario. Cuando frente a la obligación del deudor existía otra

- c) Detiene el curso de intereses a cargo del deudor. En su caso, impone al acreedor la obligación de pagar intereses.⁴⁷⁷
- d) El deudor queda habilitado para pagar por consignación;
- e) El acreedor debe responder por los daños y perjuicios, siempre que el deudor aporte la prueba de haberlos sufrido.⁴⁷⁸

contraobligación del acreedor (obligaciones recíprocas) [sic], ésta subsiste, a pesar de la extinción de aquélla”.

Así también lo señala POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, J. Roger., Barcelona, 1839, pp. 423 - 424: “la pérdida de la cosa tampoco extingue la obligación, si se verifica después de que el deudor fue constituido en mora de entregarla. Para que no se extinga la obligación con la tal pérdida, es preciso, 1º que la tardanza continúe, pues si esta se hubiese purgado, ya por ofrecimientos reales en los cuales el deudor hubiese constituido al acreedor en demora de recibir, ya por algun [sic] pacto que hubiese mediado entre los dos, entonces la pérdida de la cosa extingue siempre la obligación. La demora que se ha desvanecido ya, no puede obrar el efecto de perpetuar la obligación, a pesar de la extinción de la cosa debida. También es necesario 2º, que la extinción de la cosa no debiera haberse verificado de la misma manera, si hubiese sido entregado al tiempo de la demanda”.

Así también se encuentra regulado en la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías, en su artículo 69: “1) En los casos no comprendidos en los artículos 67 y 68, el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción. 2) No obstante, si el comprador estuviere obligado a hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto de un establecimiento del vendedor, el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar. 3) Si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, no se considerará que las mercaderías se han puesto a disposición del comprador hasta que estén claramente identificadas a los efectos del contrato”, consultado en <https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/sales/cisg/V1057000-CISG-s.pdf>, recuperado el 26 de febrero de 2020. La subraya es del autor.

En igual sentido, ver, además, PADILLA, R. A., *op. cit.*, p. 600.

⁴⁷⁷ MILLÁN SALAS, F., *op. cit.*, p. 593. PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *op. cit.*, p. 40 exponen que los intereses que se detienen son los moratorios, en tanto los compensatorios se mantienen, debido a que el deudor continúa con el dinero. Sobre este punto, debemos precisar que si bien es cierto que el deudor continúa en poder del dinero, esta situación por sí sola no debería generar el derecho al cobro de los intereses compensatorios, en tanto el hecho de “continuar en su poder”, precisamente, fue ocasionado por el acreedor.

⁴⁷⁸ WAYAR, E. C., *op. cit.*, p. 347. Igualmente, HEDEMANN, J. W., *op. cit.*, p. 189, sostiene que los efectos de la mora del acreedor se producen en el deudor y no en el acreedor, los cuales son: “a) *Disminución del módulo de responsabilidad para el deudor*. Este responderá sólo por dolo y culpa lata (§ 300 I) [sic]. b) *El riesgo pasa al acreedor*, por ejemplo, cuando las mercancías que le han sido enviadas en debida forma, pero no han sido aceptadas por él, se pierden en el regreso. Entonces el deudor queda liberado según el § 275 y conserva su contraprestación (§ 324 II) [sic]; puede, por lo tanto, exigir el pago. Para las deudas *genéricas*, en el mismo sentido § 300 II. c) *Desaparición de la eventual obligación de pagar intereses* (§ 301) [sic]. d) En el caso de existir obligación de *entregar los provechos*, el deber de diligencia o de trabajo decae desde el momento de la mora del acreedor (§302) [sic]. e) El deudor queda *desligado*, en su caso, del *deber de cumplir previamente su prestación*, y puede en estos supuestos exigir directamente la contraprestación a él debida (§322 II) [sic]. f) *Posibilidad de desprenderse del objeto debido*.- Este es un especial y privativo derecho del deudor, que ha de ser mantenido dentro de límites cuidadosamente trazados”. Los artículos en cita corresponden a la legislación alemana. Asimismo, CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, pp. 300 - 323, realiza un detallado análisis del alcance de este efecto, en donde señala, por ejemplo, que para el deudor también recae el deber de mitigar el daño, al cual hicimos alusión en el **capítulo cuarto** de esta investigación.

Otros autores han ampliado el espectro de los efectos de la mora del acreedor, ver por ejemplo, CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., *op. cit.*, pp. 243 - 244, quienes sostienen que, en caso de mora del acreedor, “1º) [se] Obliga al deudor a indemnizar los daños y perjuicios causados al acreedor por el retardo incurrido (art. 508, Código Civil) [sic] en las obligaciones que no tengan por objeto dar sumas de dinero. Si la obligación es de dar sumas de dinero, comienza el curso de los intereses (art. 622, Código Civil) [sic]. 2º) Pone a cargo del deudor los riesgos del contrato (arts. 513, 710, 892 y 889) [sic]. Es lo que se llama la *perpetuatio obligationis*, de tal manera que aun cuando la prestación se torne de cumplimiento imposible por caso fortuito o fuerza mayor, el deudor no queda liberado de responsabilidad. Hay, sin embargo, una excepción a este último efecto, y es la prevista por el artículo 892 cuando dice que si el deudor por estar constituido en mora fuera responsable del caso fortuito, queda exonerado de pagar daños e intereses si la cosa que está en imposibilidad de entregar a consecuencia del caso fortuito hubiese igualmente perecido en poder del acreedor [...]. 3º) Impide que el deudor invoque los beneficios de la teoría de la imprevisión (art. 1198, Código Civil) [sic]. 4º) En caso de que se promueva demanda judicial, el deudor carga con las costas, a pesar del allanamiento a la misma que pueda oponer (art. 70, inc. 1, de los Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación y de la Prov. de Buenos Aires) [sic]. 5º) Da derecho a resolver el contrato de acuerdo con el artículo 1204 del Código Civil reformado por la Ley 17.711. 6º) En el derecho laboral, la mora del patrón en el pago de los salarios o sueldos da derecho al obrero o empleado a considerarse en situación de despido (art. 244 de la ley 21.297) [sic]. 7º) En materia de sociedades anónimas, la mora en la integración de las acciones suscriptas suspende automáticamente el ejercicio de los derechos inherentes a las acciones en mora (art. 192, decreto-ley 19.550) [sic]. 8º) Es uno de los hechos que revela el estado de cesación de pagos que puede motivar la declaración de la quiebra o en concurso del deudor (arts. 79, inc. 2 y 1, ley 24.522) [sic]. 9º) Posibilita la indexación de las deudas dinerarias, para evitar o atenuar los efectos de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en épocas de inflación, tal como uniformemente lo ha resuelto nuestra

En los efectos previamente descritos se evidencia un desplazamiento de las consecuencias del incumplimiento de la obligación de la cabeza del deudor, hacia la persona del acreedor.⁴⁷⁹ Así lo ha dicho ESPINOZA ESPINOZA: “los daños sobrevinientes al incumplimiento no deben ser asumidos por el deudor, ya que esta situación derivó de una causa no imputable a éste, que consiste en el actuar contra la buena fe del acreedor”.⁴⁸⁰ Nótese como el autor, sin decirlo expresamente, está infiriendo que la mora del acreedor no es nada diferente al hecho de la víctima. En cambio, PIZARRO y VALLESTINOS si lo señalan de manera expresa: “la mora del acreedor constituye una manifestación concreta y específica del hecho o culpa del propio damnificado por el incumplimiento, específicamente el acreedor”.⁴⁸¹

Frente a esta temática (la mora del acreedor como hecho de la víctima), se tiene que para un sector de la doctrina ambas figuras son diversas. Expresamente ha indicado LAMARCA MARQUÉS: “El hecho del acreedor no es una causa más de exoneración del deudor y no puede considerarse como un supuesto de “fuerza mayor” (en la terminología de los Principios) a todos los efectos, ya que ésta debe entenderse como un hecho ajeno a las partes contractuales. El hecho del

jurisprudencia”. Se precisa que los artículos del Código Civil, corresponden a la legislación argentina, previos a la reforma del actual Código Civil y de Comercio.

⁴⁷⁹ Señala RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad contractual*, op. cit., p. 204, que uno de los efectos de la mora del acreedor consiste en que “exonera al deudor de responsabilidad por la mora”.

⁴⁸⁰ ESPINOZA ESPINOZA, J., op. cit., p. 241.

⁴⁸¹ PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., op. cit., pp. 13 - 14. Igualmente, más adelante indican: “Es indudable que cuando media *mora creditoris* el acreedor provoca con su conducta la insatisfacción de su interés y el daño que a raíz de ello pueda experimentar. Dentro de un contexto de causalidad adecuada, la mora del acreedor actúa en el plano de las eximentes que puede invocar el deudor, como un supuesto específico de hecho del damnificado” (p. 41).

acreedor, en cambio, supone la causación de la falta de cumplimiento por el legitimado para reclamarlo”.⁴⁸²

Debemos apartarnos del apartado transcrito, en tanto, en relación al hecho de la víctima, tal y como se indicó en el apartado 2.2., si bien se exige exterioridad para su configuración, es apenas obvio que no se exige ajenidad a todas las partes contractuales sino sólo frente a uno de ellos: aquel que no es víctima (el responsable). Es decir, el hecho de la víctima, para esta, no debe ser ajeno, en tanto este es el generador del mismo, aunque, se aclara, si le debe ser ajeno al responsable-acreedor, porque de lo contrario no podrá invocarlo por ausencia de requisitos.

En este sentido, pareciera claro que la mora del acreedor configura una modalidad de hecho de la víctima, en tanto, a partir de la mora del acreedor, es este quien debe asumir las consecuencias de su actuación (uno de los efectos del hecho de la víctima), pero, además, esta situación (mora del acreedor), reúne los requisitos de la modalidad exonerativa enunciada (hecho externo, imprevisible e irresistible, para lo cual se remite al lector al apartado 2.2.), en tanto no fue causada por el deudor (ajeno o externo), fue súbita (imprevisible) y, además, le es irresistible al deudor. Luego, la mora del acreedor reúne a cabalidad los requisitos de configuración de la causa extraña y, en concreto, del hecho de la víctima, toda vez que, en razón de su actuación (mora del acreedor), se pueden derivar consecuencias adversas para sí, las cuales se consideran causadas por él mismo, razón por la cual o no se deberán indemnizar o se reducirá el *quantum* de la reparación, de acuerdo al grado de participación causal, tal y como se indicó con antelación.

⁴⁸² LAMARCA MARQUÉS, A., *op. cit.*, p. 225.

Así se expresa CABALLERO LOZANO: “Como punto de partida, y conforme al conocido principio culpabilista, que informa nuestro ordenamiento jurídico-privado, el deudor es responsable ante el acreedor por los daños y perjuicios por él causados, maliciosa o negligentemente; por el contrario, si el culpable de esa situación es el acreedor, el deudor quedará exonerado del deber de prestación [...]”.⁴⁸³

Nótese como el apartado transcrito viene a señalar, efectivamente, que al ser el acreedor el causante de la situación a él dañosa, el deudor queda exonerado, lo cual no es nada diferente al hecho de la víctima como modalidad de causa extraña.

Y es que realmente así funciona en el escenario jurisdiccional: el acreedor demanda a su deudor en razón del incumplimiento contractual, quien se defiende alegando que dicho incumplimiento se debió a la falta de cooperación del acreedor, lo que configura un hecho de la víctima – acreedor. Además, mientras el acreedor se encuentre en mora, no será posible constituir en mora a su deudor,⁴⁸⁴ lo que, se insiste, se debe a un hecho de la víctima en particular: la mora del acreedor. De hecho, así lo señala DIEZ-PICAZO, cuando indica que “la figura que de un modo general recoge la imputabilidad al propio acreedor por la lesión o insatisfacción por él sufrida, es la mora del acreedor o *mora credendi*”,⁴⁸⁵ aclarándose que la imputabilidad a que se refiere el autor, hace relación al aporte causal de la víctima en su propia lesión o menoscabo, en tanto, recuérdese, la culpa no es necesaria.

⁴⁸³ CABALLERO LOZANO, J. M., *op. cit.*, p. 256.

⁴⁸⁴ En ese sentido ver PADILLA, R. A., *op. cit.*, p. 602.

⁴⁸⁵ DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Las relaciones obligatorias*, II, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 599.

La mora del acreedor, al analizarse detalladamente, se insiste, nos lleva, en términos generales, al escenario del hecho de la víctima. Nótese que es el acreedor quien debe cooperar con su deudor, de cara al facilitamiento en el cumplimiento de la obligación y en caso de omisión, las consecuencias adversas que para él se deriven, se entiende que han sido causadas por él mismo.⁴⁸⁶

“Si el obstáculo para la ejecución de la prestación fue la conducta del propio acreedor, tal hecho habrá de exonerar al deudor o atenuar la cuantía de su responsabilidad, según las circunstancias, y en la proporción en que concurren los dos fenómenos, como elemento extraño, acá con mayor razón, dado el deber de corrección y lealtad, buena fe, que posa sobre el acreedor, con un apoyo normativo nítido en el artículo 2357 c. c. [...] Es esta una regla de derecho común, predicable tanto de la responsabilidad por inejecución de obligación como de la responsabilidad por daño en encuentro ocasional [...]”⁴⁸⁷

Se tiene entonces que toda consecuencia adversa que sufra el acreedor (víctima), en razón de su comportamiento (mora del acreedor) no le es atribuible al responsable (deudor), sino que debe ser asumido por la víctima, en tanto fue ella quien dio lugar a su causación.

⁴⁸⁶ En términos similares pareciera expresarse LAMARCA MARQUÉS, A., *op. cit.*, p. 216: “El incumplimiento del deudor podrá tener su causa en la no realización por el acreedor de los actos necesarios para que el cumplimiento de la obligación se lleve a cabo, en su defectuosa realización o en cualquier otro comportamiento que de manera objetiva impida el cumplimiento, a pesar de que no guarde relación directa con las actuaciones o abstenciones que debía observar el acreedor en propio interés. En cualquier caso, el hecho del acreedor deberá ser necesario en términos causales para liberar al deudor de responsabilidad, esto es, el incumplimiento debe haber sido concretamente causado por el hecho del acreedor, sin bastar que éste puede ser hipotéticamente idóneo para causar el incumplimiento. Si, por ejemplo, el incumplimiento ha sido causado en concreto por una circunstancia que no le es imputable a las partes o es imputable al deudor, el hecho del acreedor será irrelevante [...]”.

⁴⁸⁷ HINESTROSA, F., *op. cit.*, p. 795.

Ahora, de otro lado, debe ponerse de presente que la situación va más allá e, incluso, hace que el acreedor asuma el rol de responsable, en tanto, por su actuar, es posible que ocasione perjuicios en cabeza del deudor, haciéndolo responsable de estos; luego, el deudor, asume el rol de víctima: “La cuestión, en definitiva, habrá de regirse por los principios y reglas generales sobre responsabilidad civil. Es lógico que si el acreedor con su comportamiento le ocasiona daños, el deudor debe afrontar el resarcimiento correspondiente. Para este reclamo deberán demostrarse los extremos y requisitos propios de la responsabilidad civil; en particular, el deudor deberá demostrar la existencia y cuantía de los daños cuyo resarcimiento pretenda”.⁴⁸⁸

Otra posición sostiene, por el contrario, que de la omisión de la cooperación por parte del acreedor no se deriva una obligación resarcitoria, sino que, a lo sumo, se genera la obligación de reembolsarle al deudor los gastos en que haya incurrido, atendiendo que, siendo sólo una carga para el acreedor, no sería posible que se derivase una consecuencia tan gravosa por su omisión.⁴⁸⁹

Olvida esta corriente que la obligación indemnizatoria no se deriva, tal y como se anotó, exclusivamente, de la relación contractual, en tanto el acreedor no estaba obligado a prestar su colaboración, pese a lo cual continúa existiendo para toda

⁴⁸⁸ WAYAR, E. C., *op. cit.*, p. 358.

⁴⁸⁹ SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, *op. cit.*, p. 293. Más adelante, expone la misma autora que “En concreto, el punto aquí es la incompatibilidad que existe entre las nociones de carga y resarcimiento del daño, es decir, si determinamos que el acreedor debe resarcir al deudor por los daños derivados de su incumplimiento, no podemos hablar de carga, ni mucho menos de facultad”, p. 318. En ese mismo sentido, ver VON TUHR, A., *op. cit.*, pp. 312 - 313, en donde se indicó que “[l]os efectos de la mora creditoria no consisten en un deber de resarcimiento de daños, toda vez que el acreedor, al negarse a recibir la prestación no incurre en ninguna transgresión de deberes. [...] en últimas], los efectos de la mora creditoria consisten en que la ley otorga al deudor, teniendo en cuenta su tentativa frustrada de cumplimiento, ciertas ventajas, abriéndole la posibilidad de eximirse de su deuda sin intervención del acreedor: mediante consignación, venta en propia ayuda o desistimiento”.

persona, en todo momento, el deber genérico de cuidado, el cual implica el deber de no causar daño a otro.⁴⁹⁰ Luego, el incumplimiento de este deber genera para el responsable la obligación de indemnizar, pese a que el supuesto sea de responsabilidad extracontractual, toda vez que no se originó por el incumplimiento de una obligación nacida en un contrato válido.

En este punto se precisa que una cosa es que la omisión de la cooperación por parte del acreedor frente a su deudor genere, en ocasiones, la liberación del vínculo obligacional de este último y que, además, lo exonere de indemnizarle perjuicios, en tanto el generador del incumplimiento es el mismo acreedor, lo cual nos ubica en el escenario de la defensa del deudor en caso de reclamación, y, más concretamente, en el hecho de la víctima como modalidad de causa extraña; y otra, muy diferente, que su omisión genere, además para su deudor, perjuicios adicionales, los cuales deberán ser reclamados ya vía pretensión y no por medio de una excepción, lo cual, se insiste, configurará un supuesto de responsabilidad civil extracontractual.

En este sentido, las palabras de DEL OLMO GUARIDO, son sumamente claras, al reconocer la mora del acreedor como un caso fortuito:⁴⁹¹

⁴⁹⁰ Ver TAMAYO JARAMILLO, J., *op. cit.*, p. 8, en donde se señaló que, “[e]n general, la responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. Como se ha dicho, ese comportamiento ilícito consiste en el incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato, el incumplimiento de las obligaciones legales o cuasicontractuales, el delito[,] el cuasidelito, o la violación del deber general de prudencia. En conclusión, la responsabilidad civil, como fuente de las obligaciones, encuentra sus raíces jurídicas en los hechos ilícitos”.

⁴⁹¹ En este punto se reitera lo dicho con antelación, en tanto, según Jordano Fraga, la referencia al caso fortuito puede ser entendido como la referencia a cualquier evento exonerativo, aunque, en el caso en concreto, nos referimos al hecho de la víctima, que en asuntos de responsabilidad contractual, se refiere al acreedor. JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*

“el comportamiento impeditivo del acreedor libera al deudor porque se trata de un suceso ajeno a su esfera de control, imprevisible al tiempo de contratar, e inevitable. Por ello, podemos afirmar que no existe ningún inconveniente para integrar el hecho del acreedor dentro del concepto general de caso fortuito. El criterio de la ajenidad a la esfera de control se convierte, por tanto, en criterio de imputación del incumplimiento tanto para el deudor como para el acreedor, con lo cual se pone de manifiesto que la imputación al acreedor del incumplimiento se va a efectuar independientemente de su culpa”.⁴⁹²

⁴⁹² DEL OLMO GUARIDO, N., *op. cit.*, pp. 250 y 260.

6. CONCLUSIONES

1. La causa extraña no siempre genera la extinción de la obligación, en tanto esta todavía puede ser posible y representar satisfacción para el acreedor de su interés contractual, pese a lo cual, la causa extraña si exonera al deudor de su incumplimiento.

Si la obligación se extingue en razón de la causa extraña, el deudor se libera del vínculo obligatorio y se exonera de su incumplimiento, pero si la extinción no se debió a causa extraña, la obligación subsiste, aunque varía de objeto, lo cual indica que esta se perpetúa, mediante la denominada perpetuación de la obligación.

2. La causa extraña debe probarse por aquel que la invoca, y, además, se identifica como aquel fenómeno externo, imprevisible e irresistible para el responsable, que, además, es la verdadera causa del daño. Estas tres características son comunes a las tres modalidades de causa extraña, aunque con tonalidades diferentes.

Con relación a la ajenidad del hecho de la víctima, se tiene que este puede provenir tanto de la víctima (sea directa o indirecta), como de las personas que estas tienen bajo su cuidado. Frente a la imprevisibilidad e irresistibilidad, si bien es cierto que al agente no se le puede obligar a prever que la víctima actuará en determinado sentido, también lo es que, una vez lo ha previsto, deberá actuar de conformidad con la información que posee.

3. El análisis de configuración de causa extraña exige determinar, en concreto, si el fenómeno invocado como causa extraña, realmente, era imprevisible e

irresistible para al agente, lo cual, en últimas, comprenderá un análisis de diligencia y cuidado (ausencia de culpa), para prever y resistir. Esto llevará, entonces, a impedir catalogar, de manera anticipada, genérica y absoluta, algún evento como causa extraña.

4. El hecho de la víctima debe analizarse de cara a la causalidad, en tanto lo que se analiza es si la víctima, con su actuar, sea o no culposo, aportó causalmente al resultado dañoso que ha sufrido. Esto significa, entonces, que el hecho de la víctima se limita a la exigencia del aporte causal, es decir, al hecho con relevancia causal, aunque la víctima no actúe de forma culposa o carezca de capacidad aquiliana. Esto permitirá que la reparación no constituya una fuente de enriquecimiento para la víctima y, mucho menos, una sanción para el responsable.

Debe tenerse en cuenta que el legislador, en algunas normas, exige que el hecho de la víctima sea culposo. Esta “culpa” normativa, ha sido entendida como culpa en sentido impropio o anti-técnico, debido a que el actuar de una persona no puede ser valorado en relación a sí mismo. Es decir, no es posible que la víctima, consigo misma, tenga un comportamiento culposo, en tanto el ordenamiento jurídico no reprocha conductas autolesivas, sino aquellas que lesionan derechos o intereses de terceras personas (alteridad).

5. El hecho dañoso puede tener al hecho de la víctima como única causa, o, por el contrario, puede provenir de un aporte causal tanto de la víctima como del responsable, pero sin ser exclusivo.

En el primer evento se exonerará plenamente al responsable, mientras que en el segundo, la consecuencia será la “reducción” de la indemnización de acuerdo al grado de participación causal. Téngase en cuenta que no se trata, realmente, de una reducción del *quantum* indemnizatorio, sino de una

condena íntegra, pero de lo efectivamente causado por el responsable. Lo que se hace es una cuantificación total del perjuicio causado, en tanto el responsable sólo deberá sufragar el efectivamente causado y la víctima deberá soportar las demás consecuencias, aunque, al menos gramaticalmente, es más sencillo referirnos a esta situación como una reducción.

6. Si el responsable del daño es la víctima directa, la consecuencia será o la exclusión de la indemnización o la reducción del monto indemnizatorio, dependiendo de si es la única causa o, por el contrario, es concurrente, siempre que el reclamante sea la víctima directa reclamante por medio de la acción personal; para sus herederos, quienes reclaman en ejercicio de la acción hereditaria, y; para las víctimas indirectas que reclaman su propios perjuicios, en atención a que su reclamo procede de la actuación de la víctima directa y la posibilidad de reclamar, es un reflejo de la afectación sufrida por la víctima directa.

Si el responsable es, al mismo tiempo, víctima indirecta, no hay duda alguna que frente a sus propios perjuicios, la consecuencia es igual a las derivadas de la actuación de la víctima directa. Frente a la víctima directa, la actuación de la víctima indirecta, debe entenderse como la actuación de un tercero, lo cual nos ubica con relación al responsable inicial y a la víctima indirecta, frente a un supuesto de solidaridad, en donde serán responsables por el ciento por ciento de la indemnización; o, en el hecho de un tercero, en donde el único encargado de reparar a la víctima directa será la indirecta.

7. Siempre que alguno de los intervinientes en el resultado dañoso –víctima y/o responsable- actúe de manera dolosa, su actuación subsume, en principio, a la del otro “aportante causal”, lo cual implicará, entonces, que

deberá resarcirse plenamente a la víctima –si el dolo provino del responsable- o exonerarse de toda consecuencia patrimonial –si el dolo provino de la víctima-. No obstante, se precisa que si el dolo proviene de ambos intervinientes, retornaremos al supuesto inicial, en donde el análisis se realizará de acuerdo al grado de participación causal de cada uno de ellos.

Asimismo, se debe precisar que entre las conductas de la víctima y del responsable puede existir una relación de causa – efecto. En estos supuestos, lo realmente determinante es establecer cuál de las actuaciones fue la detonante o la causa, en tanto esta deberá asumir plenamente la consecuencia dañosa. Si el hecho de la víctima es la causa, el responsable no asumirá ninguna consecuencia de su actuación; si el responsable es la causa de la actuación de la víctima, el responsable será condenado a resarcir, de forma plena los perjuicios sufridos por la víctima.

8. La teoría de los actos propios ha sido entendida como aquella que le da coherencia al actuar de las personas, debido a que busca evitar que una persona, sin razón legítima, modifique de forma intempestiva su comportamiento, pese a que, de manera previa, haya dado lugar a que las personas creen que seguirá actuando como lo ha venido haciendo, lo cual se fundamenta en el principio de la buena fe y busca proteger la confianza generada en el otro, en razón de la coherencia que el ordenamiento jurídico exige en todo momento.
9. Esta figura tiene aplicación tanto frente a personas naturales como jurídicas, y con relación a estas, aplica a las personas de derecho privado y de derecho público.

Se indica, además, que esta figura tiene aplicación en asuntos contractuales (incluyendo la etapa de formación del contrato, así como la

denominada etapa post-contractual) y extracontractuales, fuera y dentro del proceso jurisdiccional e, igualmente, puede usarse bien sea como pretensión o como excepción de mérito, evento en el cual su reconocimiento procede, incluso, de manera oficiosa por el juez.

10. Los requisitos para la configuración de la teoría de los actos propios son: una conducta previa de carácter vinculante y una conducta posterior que sea contraria a la anterior.

La actuación (o manifestación de voluntad) de la persona debe ser jurídicamente relevante y eficaz, en tanto se exige su validez, como regla general, precisando que, pese a que provenga de un error del emitente, esta lo vincula, debido a que nadie puede alegar su culpa o dolo en su propio beneficio, salvo que el receptor de la voluntad sea conocedor del error del declarante. En segundo lugar, se exige una declaración de voluntad posterior, bien sea expresa, por medio de silencio o tácita, que sea contraria a la anterior, contradicción que debe ser evidente o palmaria. Además de lo señalado, se tiene entonces que frente a estos no se exige el transcurso de un lapso de tiempo, es decir, la contradicción puede ser inmediata, pese a lo cual generarse la confianza de una actuación determinada.

Igualmente, se precisa que pese a que tradicionalmente se ha exigido identidad de sujetos, realmente este requisito no es necesario. Significa esto que la única identidad que se exige es la del sujeto emisor, mas no la del receptor.

11. Quien invoca la teoría de los actos propios no puede haber dado lugar, con su conducta (culpa o torpeza) ni a la actuación inicial ni a la modificada, en tanto se consideraría un hecho de la víctima, aunque no habría lugar a la aplicación de la teoría de los actos propios.

Ahora, es claro que el hecho inicial que dio lugar a la confianza no puede ser “revocado”, de manera injustificada, por aquella persona emisora de la voluntad o que ha actuado. Esa actuación, precisamente, es la que se ha considerado como un hecho de la víctima, en tanto fue ella misma la que, con su manifestación de voluntad o su actuación, dio lugar a la generación de confianza, razón por la cual no la puede desconocer, por lo que configuraría un hecho de la víctima.

En este momento, la víctima (que es aquel que dio lugar a que un tercero creyera que su actuación iba a ser coherente con sus comportamientos anteriores), en razón a su cambio de actitud, genera un choque con la actuación del responsable, la cual se dio con base en la confianza previamente generada, en razón de lo cual sufre un perjuicio y busca reparación, atribuyéndole responsabilidad al actor – responsable, quien se exonerará argumentando la configuración del hecho de la víctima.

12. Antes de que el daño acaezca, debe la víctima, en la medida de lo posible, evitar su ocurrencia, así como, una vez presentado el daño, surge para toda víctima, el deber de minimizarlo, lo cual se traduce en evitar que el daño se propague o extienda. Ahora, pese a la denominación de “deber”, la verdadera naturaleza de esta consiste en una carga, atendiendo que los efectos nocivos de su omisión recaen, de manera exclusiva, en aquel sujeto que la omitió. Mientras el daño no se haya materializado, le corresponde al responsable buscar su “evitación”, o, al menos, deberá la “futura víctima” informarle al responsable la posible consecuencia que se derivará de su actuación u omisión.
13. Es importante precisar que este deber de evitación y/o mitigación no tiene un alcance ilimitado. Sus fronteras las encontramos en la razonabilidad de las mismas, para lo cual se ha propuesto realizar un análisis similar al que

se efectúa de cara a los modelos de comportamiento, en tanto la valoración se plantearía en términos de posibilidad concreta de realización. Es decir, la pregunta a responder sería: ¿cuáles medidas adoptaría una persona prudente y diligente para evitar la configuración o extensión del daño, sin que estas puedan considerarse desproporcionadas, atendiendo las particularidades concretas del caso?

Ahora, es irrelevante si se está imputando –al responsable- a título de culpa, dolo o, incluso, si nos encontramos en una imputación objetiva, en tanto, lo que verdaderamente importa, es el aporte causal de la víctima, más allá de que este haya sufrido la lesión, se insiste, por un actuar culposo, doloso o en razón de un riesgo.

14. Para hacer recaer sobre la víctima las consecuencias por la omisión del deber de mitigar el daño (o la amenaza del mismo), no se le exige un estado de conciencia sobre estas medidas razonables que omitió, en tanto será suficiente su aporte causal en relación a la agravación o no evitación del perjuicio, bastará, se insiste, con que omita las medidas razonables de cara a tratar de obtener la existencia o evitación del daño, lo cual le otorga, necesariamente, la naturaleza de medios, en tanto la víctima no debe evitar, de forma exitosa, la propagación o causación del daño, sino tan sólo, debe intentar, de manera razonada, evitar que ello ocurra, bien sea mediante el ejercicio de acciones positivas o de omisiones.
15. El incumplimiento del deber de mitigar genera consecuencias en la indemnización de perjuicios: sólo el daño que no era minimizable se indemniza, todo lo evitado o minimizado se excluye, y todo gasto en que se incurra tratando de minimizar o evitar, constituye un nuevo perjuicio que debe ser indemnizado.

Con relación a la prueba, deberá tenerse en cuenta que esta dependerá de lo que se pretenda al ser invocado: si se está pidiendo un perjuicio adicional, a título de gastos para tratar de mitigar, le corresponderá a la víctima-demandante establecerlo; por el contrario, si lo que se busca es alegar su incumplimiento para reducir el monto indemnizatorio, deberá el responsable-demandado demostrar que la víctima incumplió con su deber de mitigar el daño.

- 16.El incumplimiento de la carga de mitigar el daño, por parte de la víctima, reúne las tres condiciones del hecho de la víctima como causa extraña (exterioridad, imprevisibilidad e irresistibilidad), en tanto, para el agente dañador, no es previsible ni resistible la actuación de la víctima, que, de entrada, le es ajeno, toda vez que su actuación no fue causada por él ni por las personas a su cargo.

Lo único que debe precisarse consiste en una particularidad que reviste el deber de mitigación: es posterior al evento dañoso inicial o a la amenaza de daño, lo cual no obsta que se configure como hecho de la víctima, debido a que lo único que cambia es el momento del aporte causal de la víctima. En la omisión del deber de mitigar el daño el responsable ha causado un daño inicial, pero la omisión de la víctima ha llevado a la generación de un nuevo daño, o a la extensión de uno ya existente.

- 17.Los requisitos para que se configure la mora del acreedor son: que el deudor haya formulado una oferta seria y real de cumplimiento y que se acredite la falta de cooperación por parte del acreedor.

El ofrecimiento busca instar al acreedor para que colabore o coopere al cumplimiento. Este ofrecimiento debe ser serio, real e incondicional. Además, el deudor sólo puede ofrecer las obligaciones que le sean exigibles, y sólo se debe ofrecer al acreedor o a las personas por él

designadas, aunque el ofrecimiento si puede provenir de terceras personas, a menos que se encuentre prohibido por la naturaleza de la obligación o el acuerdo de voluntades. Asimismo, se exige que el ofrecimiento sea efectivamente conocido por el acreedor.

La cooperación por parte del acreedor solo se exige en aquellos eventos en los cuales sea necesaria su participación para el cabal cumplimiento del deudor; es decir, esta colaboración del acreedor ha sido entendida como aquella indispensable para el cabal cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Esta colaboración puede ser previa o coetánea con el cumplimiento de la obligación por parte del deudor, pero no posterior, en tanto esta no es necesaria para la correcta ejecución de la obligación.

- 18.No se exige que la omisión de cooperación por parte del acreedor sea culposo. Debe bastar el aporte causal del acreedor (víctima), para entender que se configuró la mora del acreedor, pese a que no se deba a culpa. Es decir, lo que se exige es que el acreedor se niegue, sin ninguna razón que lo justifique, a poner de su parte para que el deudor pueda cumplir.

Igualmente, se precisa que la consignación es un mecanismo que libera al deudor, en tanto es el cumplimiento de la obligación, por ello no se exige para constituir en moral al acreedor.

Esta confusión frente a los requisitos de configuración de la mora del acreedor, ha llevado a que, en aquellos escasos eventos en los cuales el legislador colombiano se ha referido al tema, lo haya realizado de manera anti-técnica, tal y como ocurre con los artículos 943 del Código de Comercio y 1883 del Código Civil.

- 19.Los efectos de la mora del acreedor son: cesa de la mora del deudor; se transfiere la carga de los riesgos; detiene el curso de intereses a cargo del

deudor, tanto moratorios como acreedores, e impone al acreedor la obligación de pagar intereses; se habilita al deudor para pagar por consignación; y, finalmente, el acreedor debe responder por los daños y perjuicios, por el deudor.

20. La mora del acreedor no supone la extinción del vínculo obligatorio sino que nos ubica en el campo del incumplimiento no definitivo. En este sentido, todas las consecuencias que se deriven de la actuación del acreedor – mora-, deberán ser asumidas por este en virtud del principio de autorresponsabilidad.

Asimismo, su actuación –la del acreedor-, le impide acudir a los otros remedios en caso de incumplimiento de su deudor, en tanto el incumplimiento ha sido generado por él mismo, lo cual, por sí solo, hace desaparecer los diferentes remedios por ser el generador del incumplimiento, y siendo que nadie puede alegar su propio comportamiento reprochable en su propio beneficio, mal se haría al permitirle al acreedor optar por alguno de estos remedios, salvo que se trate de exigir la resolución contractual y el cumplimiento en naturaleza, siempre y cuando, claro está, se preste a brindar la cooperación exigida para el cumplimiento.

21. En los efectos de la mora del acreedor se evidencia un desplazamiento de las consecuencias del incumplimiento de la obligación de la cabeza del deudor, hacia la persona del acreedor. Ahora, en caso de incumplimiento de la obligación por parte del deudor, el acreedor, dentro del abanico de opciones que tiene, puede optar por la indemnización de perjuicios (supuesto de responsabilidad contractual), pero, si el incumplimiento se debe a la falta de cooperación del acreedor, se entiende que es él quien ha dado lugar a la causación de dichos perjuicios, por lo que se configura el hecho de la víctima.

Es sumamente claro, entonces, que la mora del acreedor configura una modalidad de hecho de la víctima, en tanto, a partir de la mora del acreedor, es este quien debe asumir las consecuencias de su actuación, pero, además, esta situación (mora del acreedor), reúne los requisitos de la modalidad exonerativa enunciada (hecho externo, imprevisible e irresistible), en tanto no fue causada por el deudor (ajeno o externo), fue súbita (imprevisible) y, además, le es irresistible al deudor. Nótese que es el acreedor quien debe cooperar con su deudor, de cara al facilitamiento en el cumplimiento de la obligación y en caso de omisión, las consecuencias adversas que para él se deriven, se entiende que han sido causadas por él mismo.

7. BIBLIOGRAFÍA

7.1. Textos

AGOGLIA, M. M., BORAGINA, J. C., y MEZA, J. A., “La Fractura del nexo. La lesión psíquica y el daño moral”, en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales: 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Instituciones de derecho civil. Parte general y derecho de obligaciones*, Bosch, Barcelona, 1961.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho Civil. Derecho de Obligaciones*, II, 12ª ed., Edisofer, Madrid, 2004.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Ediar, Santiago de Chile, 1983.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., *Derecho Civil. Teoría de las Obligaciones*, Jurídica Ediar Conosur, Santiago de Chile, 1988.

ALTERINI, A. A., *Curso de obligaciones*, 4ª ed., Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1990.

ALTERINI, A. A., y LÓPEZ CABANA, R. M., *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988.

ARAYA JASMA, F., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, LexisNexis, Santiago de Chile, 2003.

ARCOS VIEIRA, M. L., *Responsabilidad Civil: Nexo causal e imputación objetiva en la jurisprudencia*, Aranzandi, Navarra, 2005.

BARROS BOURIE, E., *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

BERNAL FANDIÑO, M., “El deber de coherencia en los contratos y la regla del venire contra factum proprium”, en *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Bogotá, núm. 13, 2008.

BERNAL FANDIÑO, M., “La doctrina de los actos propios y la interpretación del contrato”, en *Universitas*, Bogotá, 120, enero de 2010.

BOFFI BOGGERO, L. M., *Tratado de las obligaciones*, II, Astrea de Rodolfo Depalma y Hermanos, Buenos Aires, 1978.

BORDA, A., *La teoría de los actos propios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.

BULLARD GONZÁLEZ, A., “Los fantasmas sí existen: La doctrina de los actos propios”, en *IUS ET VERITAS*, Lima, 40, Abril de 2010.

BUSTAMANTE ALSINA, J., “Función de la culpa en la responsabilidad objetiva”, en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales: 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007.

BUSTO LAGO, J. M., “La antijuridicidad”, en *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*, dirigido por J. M. Pena López, Manuales Básicos - MANUBAS-, Barcelona, 2004.

CABALLERO LOZANO, J. M., *La mora del acreedor*, Bosch, Barcelona, 1992.

CAMPOZ CUESTA, L. P., “Incidencia del concepto de previsión en los elementos de la responsabilidad civil en Colombia”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 35, julio - diciembre de 2018.

CÁRDENAS MEJÍA, J. P., “Causa extraña como eximente de responsabilidad”, en *Derecho de las obligaciones. Con propuestas de modernización*, III, 2ª ed., dirigido por M. Castro de Cifuentes, Temis y Universidad de los Andes, Bogotá, 2018.

CARRASCO PERERA, A., “Artículo 1101”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XV, vol. 1, dirigido por M. Albaladejo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1989.

CAZEAUX, P. N., y TRIGO REPRESAS, F. A., *Derecho de las Obligaciones*, 4ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2010.

CHABAS, F., “La culpa como fundamento de la responsabilidad civil en el derecho francés”, en *IUSTA*, Bogotá, 36, enero - junio de 2012.

CLARO SOLAR, L., *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, X, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1988.

COLOMBO, L. A., “La indemnización del daño cuando existe culpa concurrente del ofensor y de la víctima”, en *Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales: 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., “Artículo 1902”, en *Comentario del Código Civil*, 8, dirigido por I. Sierra Gil de la Cuesta, Bosch, Barcelona, 2000.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Derecho de obligaciones en Europa*, Bosch, Barcelona, 2013.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., *Causalidad en la responsabilidad extracontractual: sobre el arbitrio judicial, la "imputación objetiva" y otros extremos*, Thomsom-Civitas, Navarra, 2014.

DE CUEVILLAS MATOZZI, I., *La relación de causalidad en la órbita del derecho de daños*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

DE CUPIS, A., *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*, trad. Á. Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1975.

DE DIOS DE DIOS, M. Á., *Culpa exclusiva de la víctima en los accidentes de circulación*, La Ley, Madrid, 2012.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, M., "La doctrina de los actos propios" en *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

DE TRAZEGINES, F., *La responsabilidad extracontractual*, I, 5ª ed., Temis, Bogotá, 1999.

DEL OLMO GUARIDO, N., *El caso fortuito: su incidencia en la ejecución de las obligaciones*, Thomson-Aranzandi, Navarra, 2004.

DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial: la responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters, Pamplona, 2011.

DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Civitas Thomson – Reuters, Madrid, 2014.

DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 1999.

DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del derecho civil patrimonial: Las relaciones obligatorias*, II, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ-PÍCAZO PONCE DE LEÓN, L., y GULLÓN, A., *Sistema de derecho civil*, II, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2001.

DOMÍNGUEZ ÁGUILA, R., “Sobre la culpa de la víctima y la relación de causalidad”, en *Responsabilidad Civil*, dirigido por A. Kemelmajer de Carlucci, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, C., “Deber de minimizar los daños de la víctima o del acreedor”, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho*, I, dirigido por M. Aramburo Calle, Universidad Pontificia Bolivariana, Pontificia Universidad Javeriana, IARCE y Biblioteca Jurídica Diké, Bogotá, 2011.

ESPINOZA ESPINOZA, J., “La mora”, en *THEMIS - Revista de derecho*, Lima, 68, 2015.

FAYAD AHCAR, W., “Algunas anotaciones sobre la culpa, causa extraña y responsabilidad objetiva”, en *Responsabilidad civil y del Estado*, Medellín, 23, 2008.

GAMBOA MAHECHA, E., “La carga de mitigar los daños en el régimen colombiano de la responsabilidad civil extracontractual”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 51, enero - junio de 2014.

GARCÉS VÁSQUEZ, P., *Teoría de las obligaciones*, Ediciones UNAULA, Medellín, 2019.

GARCÍA-RIPOLL MONTIJANO, M., “La antijuridicidad como requisito de la responsabilidad civil”, en *Anuario de Derecho Civil*, LXVI, IV, Madrid, octubre - diciembre de 2013.

GAVIRIA CARDONA, A., “Disminución de la indemnización para los hijos por el aporte causal de los padres en la producción del daño y lucro cesante para menores de edad. Análisis de la sentencia sc-16690 de 2016 de la Corte Suprema de Justicia”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 33, julio – diciembre 2017.

GAVIRIA CARDONA, A., *Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios*, Fondo Editorial Universidad EAFIT, Medellín, 2017.

GAVIRIA CARDONA, A., *La jurisprudencia como fuente del derecho. Análisis a partir de la responsabilidad civil extracontractual*, Ediciones UNAULA, Medellín, 2018.

GÓMEZ CALLE, E.,. “Los remedios ante el incumplimiento del contrato: Análisis de la propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el Borrador del Marco Común de Referencia”, en *Anuario de Derecho Civil*, LXV, I, Madrid, enero -marzo de 2012.

GÓMEZ CALLE, E., “La contribución de la víctima a la causación del daño”, en *Derecho de daños*, dirigido por M. J. Herrador Guardia, Thomson Reuters – Aranzadi, Pamplona, 2013.

HEDEMANN, J. W., *Derecho de Obligaciones*, III, trad. J. Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

HENAO, J., *El Daño. Análisis comparativo de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

HINESTROSA, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

- JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum propium en el ámbito contractual*, La Ley, Madrid, 2014.
- JARAMILLO JARAMILLO, C. I., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado*, Temis y Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2013.
- JIMÉNEZ HORWITZ, M., “Los riesgos a cargo del perjudicado”, en *La responsabilidad civil por daños causado por servicios defectuosos*, dirigido por A. Orti Vallejo y M. d. García Garnica, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.
- JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M., “Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte primera: cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones”, en *Instituciones de Derecho Privado, Obligaciones y contratos*, III, vol. 1., dirigido por J. F. Delgado de Miguel, Civitas, Madrid, 2002.
- LAMARCA MARQUÉS, A., *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Publicaciones del Real Colegio de España –Bolonia-, Zaragoza, 2001.
- LARROUMET, C., *Teoría general del contrato*, vol. II, trad. Guerrero R., Temis, Bogotá, 1993.
- LASARTE, C., *Derecho de obligaciones. Principios de derecho civil*, 14ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2010.
- LE TOURNEAU, P., *La responsabilidad civil*, trad. J. Tamayo Jaramillo, Legis, Bogotá, 2010.

- LE TOURNEAU, P., *La responsabilidad civil profesional*, 2ª ed., trad. J. Tamayo Jaramillo, Legis, Bogotá, 2014.
- LEÓN GONZÁLEZ, J. M., “Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños (Especial consideración de la culpa de la víctima)”, en *La responsabilidad civil: de Roma al derecho moderno: IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, dirigido por A. Murillo Villar, Universidad de Burgos, Burgos, 2001.
- LEÓN GONZÁLEZ, J. M., “La culpa del dañado en la responsabilidad extracontractual”, en, *Práctica derecho de daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, Madrid, 90, 2011.
- LETE DEL RÍO, M., *Derecho de obligaciones*, vol. II, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 1998.
- LIZ, C. A., y RIESGO, M. G., “¿Culpa de la víctima o hecho de la víctima?”, en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales: 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- LLAMAS POMBO, E., *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño del acreedor*, Trivium, Madrid, 1999.
- LLAMAS POMBO, E., “Prevención y reparación, las dos caras del derecho de daños”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, dirigido por J. A. Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007.
- LLAMAS POMBO, E., “Formas de reparación del daño”, en *Realidades y tendencias del Derecho en el Siglo XXI: Derecho privado*, vol. 2, dirigido por J. G. Pinzón Sánchez, M. F. Navas Herrera, y Y. Alarcón Palacio, Pontificia Universidad Javeriana - Facultad de Ciencias Jurídicas y Temis, Bogotá, 2010.

LLAMAS POMBO, E., *Reflexiones sobre derecho de daños: Casos y opiniones*, La Ley, Madrid, 2010.

LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, I, 6ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2004.

LLAMBÍAS, J. J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, III, 5ª ed., LexisNexis, Buenos Aires, 2004

LÓPEZ MESA, M., “La doctrina de los actos propios: esencia y requisitos de aplicación”, en *Universitas*, Bogotá, 119, julio de 2009.

LÓPEZ MESA, M., y ROGEL VIDE, C., *La doctrina de los actos propios: doctrina y jurisprudencia*, Reus, Madrid, 2005.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J., “Sobre la obligación de minimizar los daños en el derecho chileno y comparado”, en *Los Contratos en el Derecho Privado*, dirigido por F. Mantilla Espinosa y F. Ternera Barrios, Legis y Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

MARTÍN CASALS, M., ““A través del espejo”: Concurrencia de "culpa" de la víctima y culpa del causante del daño”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Derecho Civil - Obligaciones*, II, dirigido por A. Cabanillas Sánchez, J. Caffarena Laporta, J. M. Miquel González, V. L. Montés Penadés, A. M. Morales Moreno y F. Pantaleón Prieto, Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

MAZEAUD, H., MAZEAUD, L., y TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, II, vol. II, Ediciones Jurídicas Europa - América, Buenos Aires, 1993.

MAZZINGHI, J. A., “Responsabilidad objetiva: uso de la cosa contra la voluntad del dueño y la asunción del riesgo”, en *Responsabilidad civil. Doctrinas*

esenciales. 1936-2007, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007.

MEDINA ALCOZ, M., *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2003.

MEDINA ALCOZ, M., *La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos*, Madrid, Dykinson, 2004.

MILLÁN SALAS, F., “Efectos de la mora del acreedor”, en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Joaquín Rams Albasa*, dirigido por M. Cuenca Casas, L. A. Anguita Villanueva y J. Ortega Dómenech, Dykinson, Madrid, 2013.

MONTÉS PENADÉS, V. L., “La responsabilidad por incumplimiento”, en *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, 3ª ed., dirigido por M. R. Valpuesta Fernández, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

MONTÉS PENADÉS, V. L., “Causalidad, imputación objetiva y culpa en la "conurrencia de culpas", en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Derecho Civil - Derecho de obligaciones*, II, dirigido por A. Cabanillas Sánchez, J. Caffarena Laporta, J. M. Miquel González, V. L. Montés Penadés, A. M. Morales Moreno y F. Pantaleón Prieto, Thomson – Civitas, Madrid, 2003.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., “El deber de mitigar el daño en la esfera extracontractual: problemática, alcance y sus últimas incidencias normativas”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, enero - febrero de 2018.

MOREU BALLONGA, J. L., “El artículo 1452, párrafo 3.º, del Código Civil y la mora del acreedor”, en *Estudios del derecho de obligaciones. Homenaje al*

profeso Mariano Alfonso Pérez, vol. 2, dirigido por E. Llamas Pombo, La Ley - Wolters Kluwer, Madrid, 2006.

MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños. Las eximentes*, IV, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 1999.

NAVARRO MENDIZÁBAL, Í. A., y VEIGA COPO, A. B., *Derecho de daños*, Thomson – Civitas, Navarra, 2013.

NEME VILLAREAL, M. L., ““Venire contra factum proprium”, prohibición de obrar contra los actos propios y protección de la confianza legítima. Tres manera de llamar a una antigua regla emanada de la buena fe”, En *Estudios de Derecho Civil, Obligaciones y Contratos*, III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.

O’CALLAGHAN, X., *Compendio de derecho civil. Derecho de Obligaciones*, II, 5ª ed., Dijusa, Madrid, 2008.

ORGAZ, A., “La culpa concurrente y sus efectos jurídicos”, en *Responsabilidad Civil. Doctrinas esenciales 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007.

OVIEDO ALBÁN, J., “Mitigación de daños en la compraventa internacional. A propósito de la sentencia de Casación de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de 16 de diciembre de 2010”, en *Revista IUSTA*, Bogotá, 36, enero - junio de 2012.

PADILLA, R. A., *Responsabilidad civil por mora*, Astrea, Buenos Aires, 1996.

PALAU RAMÍREZ, F., PASTOR I VICENT, M., PALAU SASTRE, A. M., y TALENS VISCONTI, E. E., “Presupuestos y efectos de la mora”, en *Tratado sobre la morosidad*, dirigido por F. Palau Ramírez y J. Viciano Pastor, Thomson Reuters – Aranzadi, Navara, 2012.

- PIAGGI, A. I., “Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios”, en *Tratado de la buena fe en el derecho*, I, dirigido por M. M. Córdoba, L. M. Garrido Cordobera y V. Kluger, La Ley, Buenos Aires, 2012.
- PIZARRO WILSON, C., “Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, 41, 2013.
- PIZARRO, R. D., “Causalidad adecuada y factores extraños”, en *Derecho de daños - Primera parte*, dirigido por F. A. Trigo Represas y R. S. Stiglitz, La Rocca, Buenos Aires, 2000.
- PIZARRO, R. D. y VALLESPINOS, C. G., *Tratado de obligaciones*, III, Rubinzal – Culzoni, Buenos Aires, 2017.
- PLANIOL, M. y RIPERT, J., *Tratado práctico de derecho civil francés. Las obligaciones - Primera parte*, VI, trad. M. Díaz Cruz, Cultural, Habana, 1936.
- POTHIER, *Tratado de las obligaciones*, J. Roger., Barcelona, 1839.
- PRADO LÓPEZ, P., *La colaboración del acreedor en los contratos civiles*, Thomson Reuters, Santiago, 2015.
- PREVOT, J. M., *Manuales de jurisprudencia. Daños y perjuicios. Parte general*, La Ley, Buenos Aires, 2006.
- PUIG BRUTAU, J., *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, Ariel, Barcelona, 1951.
- PUIG BRUTAU, J., *Compendio de derecho civil*, vol. II, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1994.

REGLERO CAMPOS, L. F. y MEDINA ALCOZ, L., “El nexo causal. La pérdida de oportunidad. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, 4ª ed., dirigido por L. F. Reglero Campos, Thomson – Aranzadi, Pamplona, 2008.

RIBORT IGUALADA, J., “La culpa "relevante" como culpa "adicional": la STC 181/2000 a la luz de la interacción entre responsabilidad objetiva y culpa”, en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Derecho Civil - Derecho de Obligaciones*, II, dirigido por A. Cabanillas Sánchez, J. Caffarena Laporta, J. M. Miquel González, V. L. Montés Penadés, A. M. Morales Moreno y F. Pantaleón Prieto, Thomson – Civitas, Madrid, 2003.

RIPERT, G. y BOULANGER, J., *Tratado de derecho civil, según el tratado de Planiol.Obligaciones*, V, trad. D. García Daireaux, La Ley, Buenos Aires, 1964.

ROCA TRÍAS, E., y NAVARRO MICHEL, M., *Derecho de daños - Textos y materiales*, 6ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2011.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 15, julio de 2008.

RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad contractual*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2003.

RODRÍGUEZ GREZ, P., *Responsabilidad extracontractual*, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2004.

ROJAS QUIÑONES, S., *Responsabilidad civil. La nueva tendendencia y su impacto en las instituciones tradicionales*, Ibañez, Bogotá, 2014.

SAN MARTÍN NEIRA, L. C., “Sobre la naturaleza jurídica de la ‘cooperación’ del acreedor al cumplimiento de la obligación”, en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 21, julio - diciembre de 2011.

SAN MARTÍN NEIRA, L. C., *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

SANTOS BALLESTEROS, J., *Instituciones de responsabilidad civil*, vol. III, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006.

SANTOS BRIZ, J., *Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones*, III, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1973.

SANTOS BRIZ, J., “Artículo 1902”, en *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XXIV, dirigido por M. Albaladejo, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

SUESCÚN MELO, J., *Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo*, 2ª ed., Legis y Universidad de los Andes, Bogotá, 2003.

TAMAYO JARAMILLO, J., *Tratado de Responsabilidad Civil*, I, Legis, Bogotá, 2007.

TAMAYO LOMBANA, A., *La responsabilidad civil extracontractual y contractual*, 3ª ed., Doctrina y Ley, Bogotá, 2009.

TENAS SEGARRA, J. V., “Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones. Parte segunda: Extinción de las obligaciones”, en *Instituciones de derecho privado. Obligaciones y Contratos*, III, vol. 1, Civitas, Madrid, 2002.

- TORRALBA, V., *Lecciones de derecho civil*, vol. 2, Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984.
- TRIGO REPRESAS, F. A., "Concurrencia de "riesgo de la cosa" y de culpa de la víctima", en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales: 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- TRIGO REPRESAS, F. A. y LÓPEZ MESA, M. J., *Tratado de la Responsabilidad Civil*, I, La Ley, Buenos Aires, 2004.
- TRONCOSO, M., "La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño", en *Revista de Derecho Privado*, Bogotá, 21, julio - diciembre de 2011.
- TUR FAÚNDEZ, M. N., *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Aranzadi - Thomson Reuters, Navarra, 2011.
- UGARTE MOSTAJO, D., "La mitigación de daños en la responsabilidad por incumplimiento contractual: breve análisis comparado en el derecho civil de Argentina y Perú", en *Derecho PUCP*, Lima, 80, 2018.
- VÁZQUEZ FERREYRA, R. A., "El hecho del tercero o de la víctima como eximente en la responsabilidad objetiva", en *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales: 1936-2007*, dirigido por F. A. Trigo Represas, La Ley, Buenos Aires, 2007.
- VELÁSQUEZ POSADA, O., *Responsabilidad civil extracontractual*, 2ª ed., Temis, Bogotá, 2013.
- VISINTINI, G., *Tratado de la responsabilidad civil*, trad. A. Kemelmajer de Carlucci, Astrea, Buenos Aires, 1999.

VON TUHR, A., *Tratado de las obligaciones*, trad. W. Roces, Comares S. L., Granada, 2007.

WAYAR, E. C., *El pago por consignación y la moral del acreedor*, Depalima, Buenos Aires, 2000.

WEINGARTEN, C., *Derechos en expectativa del consumidor. Aplicación de la doctrina de los propios actos*, Astrea, Buenos Aires, 2004.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Reus, Madrid, 1993.

YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de Responsabilidad Civil, Contractual y Extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.

ZURITA MARTÍN, I., “Duty of mitigation, buena fe y relación de causalidad en la determinación de los daños contractuales indemnizables”, en *InDret. Revista para el análisis del derecho*, Barcelona, 4, 2016.

7.2. Sentencias

Sentencia del 17 de noviembre de 2016 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Colombia, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando García Restrepo, radicado: 11001-3103-008-2000-00196-01.

Sentencia del 2 de febrero de 2015 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Magistrada Ponente: Margarita Cabello Blanco, radicado: 11001310301920090029801 (SC. 038-2015).

Sentencia del 23 de noviembre de 2016 de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, consejero ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, radicado: 68001-23-31-000-2007-00504-01 (41134).

Sentencia del 10 de mayo de 2016 de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano, consejero ponente: Guillermo Sánchez Luque, radicado: 52001-23-31-000-2006-00008-01 (42762).

Sentencia C – 985 de 2010 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia del 18 de mayo de 2005 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, magistrado ponente: Jaime Alberto Arrubla Paucar, expediente 14415.

Sentencia C - 131 de 2004 de la Corte Constitucional, magistrada ponente: Clara Inés Vargas Hernández.

Sentencia T - 366 de 2002 de la Corte Constitucional, magistrado ponente: Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C – 660 de 2000 de la Corte Constitucional, magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia T - 295 de 1999 de la Corte Constitucional, magistrado ponente: Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia T - 475 de 1992 de la Corte Constitucional, magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

7.3. Normas

7.3.1. Colombianas

Artículo 95 de la Constitución Política.

Artículos 31, 64, 154, 156, 1270 a 1273, 1730, 1608 a 1610, 1740 a 1756, 1859, 1860, 1883, 2219, 2270, 2341, 2344, 2346, 2347, 2350, 2355 y 2357 del Código Civil.

Artículos 943, 1003, 1196 del Código de Comercio.

Ley 1996 de 2019.

Ley 1676 de 2013.

Ley 1306 de 2009.

Ley 820 de 2003.

Artículo 16 de la Ley 446 de 1998

Artículo 32 del Código Penal.

Artículos 94, 372, 167, 282 y 423 del Código General del Proceso.

Artículo 306 del Código de Procedimiento Civil (ya derogado).

7.3.2. Españolas

Artículos 162, 1091, 1100, 1101, 1104, 1105, 1107, 1111, 1124, 1158, 1176, 1178, 1182, 1183, 1184, 1186, 1295, 1298, 1452, 1683, 1777, 1778 y 1902 del Código Civil.

Artículos 136, 138, 288 y 613 del Código de Comercio.

Ley 22 de 1994, relativa a la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

7.3.3. Resto de Europa e internacionales

Artículos 1382, 1383, 1384 del Código Civil francés.

Artículos 1227.1 del Código Civil italiano.

Artículos 242, 254, 300, 301, 302, 322 y 324 del BGB.

Act inglesa de 1945.

Artículo 2:104 y 8:101 de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil –PETL, por sus siglas en inglés-.

Artículo 9:505 de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (también conocido como Principios Lando).

Artículos 67, 68, 69 y 77 de la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías.

7.3.4. Argentinas

Artículos 1729, 1754 y 1755 del Código Civil actual.

Artículo 70 de los Códigos de Procedimiento Civil y Comercial de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires.

Artículo 244 de la ley 21.297.

Decreto - Ley 19.550.

Ley 24.522.

Artículos 1662, 1663 y 1665 del Proyecto de Código Civil de 1998.

Artículos 508, 513, 622, 710, 889, 892, 1113, 1114, 1198 y 1204 del Código Civil anterior (ya derogado).

7.3.5. Chilenas

Artículos 1558, 2317 y 2330 del Código Civil.